

# علم أصول الفقه

خلاصة المحاضرات التي ألقاها

الأستاذ عبد الرزاق السنهوري

عميد كلية الحقوق ببغداد

على طلبة الصف الأول بكلية الحقوق في علم أصول القانون

كمقدمة تمهيدية لدراسة القانون

---

عني بطبعها

فكرت مصطفى كامل

١٣٥٥ هـ - ١٩٣٦ م

---

مطبعة الجزيرة - بغداد



اهداءات ٢٠٠٣

أسرة /عبد الرزاق باشا السنهوري  
القاهرة

علم

# أصول القانون

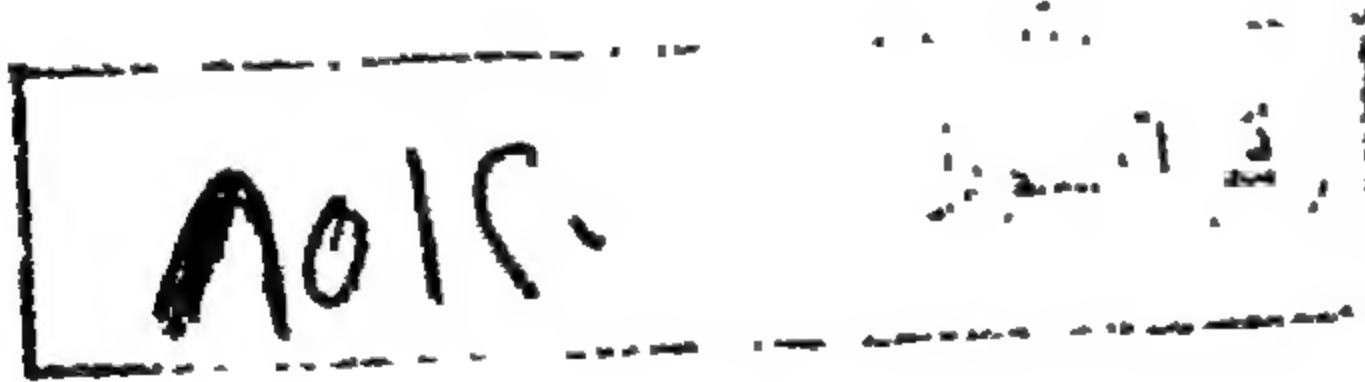
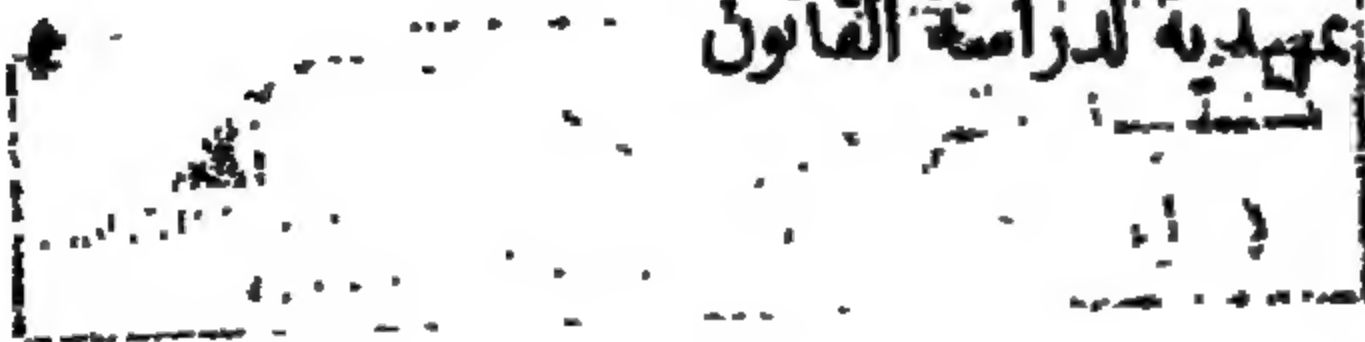
خلاصة المحاضرات التي القاها

الاستاذ عبد الرزاق احمد الشهري

عميد كلية الحقوق ببغداد

على طلبة الصف الاول بكلية الحقوق في علم أصول القانون

مقدمة مهيبة لدراسة القانون



١٩٣٦م - ١٣٥٤هـ

مطبعة الزهرة \* بغداد



# مقدمة

الغرض من دراسة علم أصول القانون

التعريف بالقانون . خصائصه . ضرورته . نطاقه . اتصاله

بالعلوم الأخرى

١ - الغرض من دراسة علم أصول القانون

استيعاب المبادئ  
الأساسية دون  
التفصيلات

الغرض من دراسة أصول القانون قبل دراسة القانون نفسه هو استيعاب المبادئ الأساسية التي يقوم عليها القانون ، قبل ان ندخل في دراسة تفصيلاته . ولكل علم مقدمة هي المدخل الذي يوطئ السبيل الى دراسته ؛ فدراسة أصول القانون تعد دراسة تمهيدية لدراسة القانون في فروعها المختلفة .

روح الدراسة :  
دراسة ابتدائية

وسندرس أصول القانون في هذه المحاضرات بروح نتوخى بها : ( أولا ) أن نلم بالمبادئ الأولى للقانون فنحدد طبيعته ، ونبين مصادره ، وتفصل فروعها . ونلاحظ هنا أن دراسة أصول القانون قد تكون ابتدائية للمبتدئين في دراسة القانون ، وهي الدراسة التي نزمع أن نجري عليها في هذه المذكرات . وقد تكون دراسة عميقة فلسفية ؛ يقصد بها السمو بالدراسة القانونية الى درجة مرتب التجريد والاستقراء المنطقي والتعمق

العلمي تتفق مع حالة من أتم دراسة القانون ، ووعي فروعها  
وتفصيلاته ، ولم يبق إلا أن يستخلص ما فيه من فلسفة وعلم ،  
وهذا إنما يكون خاتمة للدراسة القانونية لا مقدمة لها . (ثانياً)  
ومها يكن من الصبغة الابتدائية التي توخيناها في دراسة أصول  
القانون في هذه المحاضرات ، فقد آثرنا مع ذلك أن نبسط المبادئ  
الفلسفية والعلمية التي تركز عليها دراسة القانون ، حتى نعد  
الناشي إعداداً علمياً فلسفياً قبل أن يخوض غمار الحياة العملية ،  
فأنه إذا فاتته هذا الأعداد العلمي وقت الدراسة فلا يعوضه عنه  
المران العملي ، ويصعب عليه بعد ذلك أن يستدرك ما فات .

دراسة فلسفية

## ٢ - التعريف بالقانون

يمكن تعريف القانون بأنه مجموعة القواعد التي تنظم الروابط  
الاجتماعية ، والتي تقصر الدولة الناس على اتباعها ، ولو بالقوة عند  
الافتضاء .

ايراد التعريف

## ٣ خصائص القانون

ومن التعريف المتقدم ندرك أن للقانون خصائص ثلاثاً : (١)  
فهو قاعدة (٢) تنظم الروابط الاجتماعية (٣) يصحبها جزاء توقعه  
الدولة .

(١) فهو أولاً قاعدة : والقاعدة لها ميزان ، العمومية والنظام .

قاعدة :  
العمومية



فالقانون عام بطبيعته ، منظم بوظيفته . أما أنه عام فمعنى ذلك أنه لا يوضع لعمل واحد معين أو لشخص واحد بالذات . وعلى ذلك لا يكون الأمر الإداري الصادر بإغلاق مصنع معين قانوناً ، كما لا يكون قانوناً الحكم القضائي الملزم لشخص بالذات بأن يدفع مبلغاً من المال لشخص آخر . بل يجب أن تكون القاعدة القانونية عامة ، أي تكون واجبة التطبيق على كل الأعمال والأشخاص المتماثلة التي ينظمها . وذلك لا يمنع من أن القانون قد ينظم طائفة معينة من الأعمال ، كالتصرفات الصادرة في مرض الموت أو يطبق على طائفة معينة من الأشخاص ، كالطلبة والجنود والعمال . بل ذلك لا يمنع من أن يطبق القانون على شخص واحد ، على أن يؤخذ بصفته لا بذاته كالقانون الذي ينظم وراثة العرش أو رآية الوزارة .

ويفهم مما تقدم أن القانون ينطوي على معنى النظام إلى جانب معنى العمومية ، فإدام قاعدة تطبق على الحوادث المتكررة والأشخاص المتماثلة ، وتطبق كل مرة على النحو الذي طبقت به من قبل ، فإن هذا التكرار في التطبيق يخلق نظاماً متناسقاً لا يخل ، وهذا هو أوضح معاني القانون . لذلك كان الشبه قريباً بين القواعد القانونية والقوانين الطبيعية . والجامع بينهما هو

النظام . ألا أن هناك فرقاً جوهرياً بينهما ، فالقواعد القانونية تطاع عن شعور وإرادة ، يطيعها الانسان وهو يملك عصيانها متحملاً لجزاء العصيان . اما القوانين الطبيعية فتطيعها الظواهر الطبيعية لا عن إرادة ولا عن شعور ، وهي لا تملك إلا طاعتها ، فقانون الجاذبية تطيعه كل الاجسام وليس لها بد من هذه الطاعة .

(٢) والقانون قاعدة تنظم الروابط الاجتماعية : فالقانون لا يوجد إلا حيث يوجد مجتمع بشري ، ولا يمكن تصور وجود القانون دون وجود المجتمع . والانسان المنفرد - روينصون كروزو أو حي بن يقظان - على فرض وجوده ، لا تربطه رابطة بغيره ، حتى يوجد القانون لتنظيم هذه الرابطة . على أن الانسان المنفرد ليس إلا فرضاً فلسفياً لا حقيقة له . فالانسان يولد في المجتمع ، ولا يعيش الا في المجتمع .

تنظم الروابط  
الاجتماعية

(٣) والقانون أخيراً يقترن به جزاء دنيوي توقيه الدولة . وقد يصحب القاعدة جزاء غير دنيوي - وعد بالثواب أو وعيد بالعقاب في الحياة الآخرة - فهذا الجزاء لا يخرج القاعدة من دائرة الدين الى دائرة القانون . وقد تنقلب بعض القواعد الدينية الى قواعد قانونية ، اذا اقترن بها جزاء دنيوي ، وأخذت

يقترن بها  
جزاء



الدولة الناس بتنفيذها . وقد يصحب القاعدة جزاء دنيوي ،  
ولكن الدولة لا توقعه ، بل يتولى توقيعه الرأي العام ، كما في  
قواعد الاخلاق والمجاملات الاجتماعية ، فهذه جزاؤها حمد الناس  
أو ذمهم ، ورضائهم أو استنكارهم ، فهي ليست بقانون اذ ليس  
للدولة شأن بها . أما اذا صحب القاعدة جزاء دنيوي توقعه  
الدولة ، فان القاعدة تعتبر قانونا ، والجزاء يختلف ، فقد يكون  
جزاء جنائيا ، أي عقوبة يتقاضاها المجتمع من المجرم ، وقد يكون  
جزاء مدنيا أي تنفيذاً لحق يتقاضاه الدائن من المدين

جزاء دنيوي  
توقعه الدولة

جزاء دنيوي توقعه  
الدولة: جزاء جنائي  
جزاء مدني

#### ٤ - ضرورة القانون

يتبين مما تقدم أن القانون يوجد في المجتمع البشري لتنظيم الروابط  
الاجتماعية . ولما كان وجود المجتمع ضروريا ، اذ أن الانسان  
لا يعيش الا في المجتمع كما قدمنا ، فان الروابط الاجتماعية لا بد  
من وجودها ومتى وجدت الروابط الاجتماعية وجب تنظيمها  
بقواعد ، وهذه القواعد هي القانون .

حاجة الروابط  
الاجتماعية الى  
التنظيم

والفرد في المجتمع لا يستطيع أن يتمتع بحرية طبيعية مطلقة ،  
والا تعارضت حريته مع حريات الآخرين . فلا بد اذن من حد  
الحريات جميعا ، وترك كل فرد حراً في حدود احترام حريات  
الآخرين . فالتعارض ما بين الحريات الطبيعية ووجوب حدها

وجوب حد الحريات

حتى يزول هذا التعارض ، والتضارب ما بين المصالح ووجوب  
التوفيق بينها حتى يمكنه تحقيقها جميعاً ، هذا هو الذي يستوجب  
وجوب القانون

#### ٥ - نطاق القانون

إذا أردنا تحديد نطاق القانون بالنسبة الى علم الاخلاق ،  
وجدنا ان دائرة الاخلاق أوسع بكثير من دائرة القانون .  
فدائرة الاخلاق تشمل واجب الانساق نحو الله ، وواجبه نحو  
نفسه ، وواجبه نحو الغير . اما دائرة القانون فلا تشمل الا  
واجب الانسان نحو الغير . وهي بعد لا تشمل الا بعض هذا  
الواجب . اذ أن واجب الانسان نحو الغير منه ما لا تقبل  
طبيعته أن يوضع له جزاء دنيوي ، بل يرجع الامر فيه الى  
الضمير ، كالنيات المستترة ، ومنه ما يتعذر وضع جزاء دنيوي له ،  
كالصدق والوفاء ، ومنه ما يجوز أن يوضع له جزاء دنيوي  
وهذا الاخير قسمان : قسم يرى المجتمع من المناسب وضع جزاء  
له . وقسم لا يرى المجتمع ذلك مناسباً له . وتحديد المناسب وغير  
المناسب يختلف باختلاف النظرتين : النظرة الفردية والنظرة  
الاشتراكية . فالنظرة الفردية تعني بالفرد وتسخر المجتمع  
لخدمته ، فلا تجعل القانون يتدخل في شؤون الفرد وفي

دائرة علم الاخلاق  
واجب الانسان نحو  
الله . واجب الانسان  
نحو نفسه . واجب  
الانسان نحو الغير

ما يستحيل وضع  
جزاء له

ما يتعذر وضع جزاء له

ما لا يناسب وضع  
جزاء له



حريته الا بالقدر الضروري والنظرة الاشتراكية تعنى بالمجتمع  
وتسخر الفرد لخدمته ، وتجعل القانون يتدخل الى أقصى حد  
ممکن في حرية الفرد

دائرة القانون :  
ما يناسب وضع جزاء له

فدائرة القانون لا تتضمن من واجبات الانسان الا واجبه  
نحو الغير ، ولا تأخذ من هذا الواجب ما يستحيل وضع جزاء له  
ولا ما يتعذر أن يوضع له هذا الجزاء ، ولا ما لا يناسب أن  
يكون له جزاء ، بل تقتصر على ما يمكن دون تعذر أن يكون له  
جزاء بشرط أن يكون ذلك مناسباً .

#### ٦ - اتصال القانون بالعلوم الاخرى -

تدرج العلوم في الدقة:  
العلوم الرياضية  
العلوم الطبيعية  
العلوم الاجتماعية  
الاخلاق  
الاجتماع  
الاقتصاد  
السياسة

العلوم رياضية وطبيعية واجتماعية . وأدق العلوم هي الرياضية  
لان الانسان يخلق فروضها فهو مالك لعناصر الحكم والتقدير  
فيها . ويلبها في الدقة العلوم الطبيعية ، ثم العلوم الاجتماعية ، اذ  
أن سيطرة الانسان على الظواهر الاجتماعية أقل تمكنا من  
سيطرته على الظواهر الطبيعية والقانون يدخل في دائرة العلوم  
الاجتماعية . وأهم هذه العلوم هي علم الاخلاق وقد رأينا علاقته  
بالقانون ، والنسبه ما بين دائرة القانون ودائرة الاخلاق . ثم علم  
الاجتماع وعلم الاقتصاد وعلم السياسة . والقانون اذا كان خاصا  
فهو يتصل اتصالا وثيقا بعلم الاجتماع في دائرة الاحوال

الشخصية ، وبـ علم ، لاقتصاد في دائرة الاحوال العينية أو  
 المعاملات المالية . واذا كان عاما فاتصاله وثيق بعلم السياسة .  
 ومن ذلك يتبين أن القانون يتدخل في كل العلوم الاجتماعية  
 بل هو هذه العلوم بجمعة يستخلص حقائقها ، ويصوغ هذه  
 الحقائق العامة قواعد قانونية يجري العمل على مقتضاها

#### ٧ - خطة البحث

أما وقد فرغنا من هذه الكلمة التمهيدية في التعريف بالقانون  
 فنحن نعرض لمباحث علم أصول القانون في ثلاثة أبواب :  
 فنخصص الباب الاول للكلام في طبيعة القانون ، ونجعل الباب  
 الثاني لبحث مصادر القانون ، ونختتم بالباب الثالث في فروع  
 القانون

ابواب ثلاثة :  
 طبيعة القانون  
 مصادر القانون  
 فروع القانون



# الباب الاول

## طبيعة القانون

٨ - المذاهب المختلفة في طبيعة القانون

أول مسألة تعرض لنا من مسائل القانون هي أنت تعرف طبيعته وماهيته : على أي اساس يقوم القانون ، وما هي العناصر التي يحتوي عليها اذا حللناه الى عوامله الاولى ؟ هذه هي المسألة التي تتفرق فيها الآراء ، وتتباين المذاهب ، وتشعب وجوه النظر . وهي المسألة التي تلخص فيها فلسفة القانون .

ونحن نستعرض هنا بأيجاز أهم المذاهب في طبيعة القانون .  
وقد اخترنا ان نقسمها الى طائفتين :

المذاهب القانونية الطائفة الاولى المذاهب القانونية . وهي مذاهب تقف عند الناحية القانونية العملية ، ولا تتعمق في تحليل القانون تحليلاً علمياً فلسفياً .

المذاهب الاجتماعية الطائفة الثانية المذاهب الاجتماعية . وهذه مذاهب تنفذ الى طبيعة القانون فتحللها تحليلاً فلسفياً اجتماعياً ، ولا تكتفي بالنظرة القانونية العملية .

## الفصل الاول

### المذاهب القانونية

#### ٩ - فاصيها

هذه مذاهب تجعل القانون مشيئة صادرة من هيئة عليا . فهي تتخذ للقانون معياراً مادياً ، وتعرفه من مصدره الرسمي او الشكلي ، وتقف عند ذلك ، فلا تنفذ الى طبيعة القانون ، ولا الى مصادره الحقيقية . فهي مذاهب تصلح للرجل القانوني ، يريد ان يعرف من ورائها متى تعتبر القاعدة قانوناً يطبق في العمل .

وهي تجتمع كلها في مسألة واحدة ؛ هي ان هنالك مشرعا هو الذي يصنع القانون . فاذا اريد منها تحليل القانون والتعرف على طبيعته ، لم تجاوز في تحليلها اكثر من ان تقرر ان القانون هو مشيئة هذا المشرع . فكل مجتمع ينقسم الى قسمين ؛ الهيئة الحاكمة والهيئة المحكومة . فالاولى هي التي تسن القوانين ، والثانية هي التي تخضع لها . وقد تكون هذه الهيئة التي تسن القانون قوة غير منظورة هي « الله » او اية سلطة روحية اخرى . وهذه هي القوانين الدينية ، كالشريعة الاسلامية

القانون مشيئة السلطان :  
الله ،  
الدولة ،  
المشرع



والشريعة اليهودية . ففي هاتين الشريعتين الله هو  
 المشرع الاول ، والقانون في اسسه وحي من عنده ،  
 ينزل على عبد من عباده يصطفيه نبياً . وقد تكون الهيئة  
 المشرعة هيئة بشرية هي الدولة أو المشرع . فالقائل بأن  
 القانون هو مشيئة الدولة هو الفقيه الانجليزي المعروف  
 « اوستن Austin » ويقابله في فرنسا مدرسة « الشرح على  
 المتون » ( Ecole de l' Exegese ) وهي كلوستن تذهب الى أن  
 القانون هو مشيئة المشرع ، ومصدره الوحيد هو التشريع .  
 وها نحن نعرض لكل من هذين المذهبين موجزين .

## المبحث الأول

مذهب اوستن .

### ١٠ - اسس المذهب

يقوم مذهب اوستن على ان القانون في (وضعه) وفي (تنفيذه)  
 يستند الى سلطان الدولة . فالسلطان هو الذي يضع القانون ،  
 وهو الذي يأخذ الناس بطاعته . فالقانون في طبيعته مشيئة  
 السلطان ، تنفذ قهراً اذا اقتضى الحال ذلك .

السلطان مصدر  
 القانون في الوضع  
 وفي التنفيذ

## ١١ - ارطاب القانون التملية في مذهب اوسن

ويؤخذ مما تقدم ان القانون يقوم على دعائم ثلاث :

( اولاً ) هيئة سياسية معينة هي الهيئة التي تباشر سلطان الدولة ( ثانياً ) أمر او نهى يصدر من هذه الهيئة ( ثالثاً ) اقتران هذا الامر او النهى بجزء دنيوي توفقه الدولة على من يخالف القانون .

هيئة سياسية معينة :  
أمر أو نهى  
جزء

## ١٢ - ( اولاً ) هيئة سياسية معينة

هنا يميز اوسن في كل مجتمع سياسي شخصاً معيناً او هيئة معينة هي التي لها السلطان . والسلطان في طبيعته واحد لا يتجزأ ، وهو القوة المسيطرة على كل القوات في الدولة ، لا تعلو عليها قوة ، وتدين لها كل القوات بالخضوع . ففي الدولة الاستبدادية يكون السلطان في يد فرد هو الملك أو الامبراطور أو هو يتسمى بأي اسم آخر . وفي الدولة الديمقراطية يكون السلطان في يد هيئة او اكثر ، مجلس النواب ومجلس الشيوخ مثلاً ، والى جانبها يقف رئيس الدولة ، ملكاً كان او امبراطوراً او رئيس جمهورية او غير ذلك .

السلطان :  
السلطة العليا

هذه الهيئة تتميز عن سائر الهيئات بأن صيغتها سياسية ، فتخرج بذلك الهيئات الاخرى غير السياسية ، كالتقابات والجمعيات

الصفة السياسية



المدنية والشركات التجارية والالندية والكنيسة وما الى ذلك .  
وتتميز كذلك بأن لها السلطان الأعلى على كل الافراد وعلى كل  
الهيئات المندمجة في الدولة كما قدمنا .

وهذه الهيئة هي التي تنظم الروابط الاجتماعية بقوانين هي مشيئتها  
تصدرها للافراد والهيئات الخاضعة لسلطانها . فالقوانين أذن  
ارادة حادثة صادرة من هيئة شاعرة ، وليست شيئاً كامناً في  
طبيعة الروابط الاجتماعية ، تنشأ وتتطور في دائرة لا شعورية  
كما يزعم انصار مذهب القانون الطبيعي .

وقد تكون العادات وقواعد العدالة وغيرها مصدرا للقانون ،  
ولكن هذه الهيئة السياسية المعينة تقر ذلك وتقرنه بجزء ،  
وما يقره السلطان فإنه يأمر به .  
What the sovereign permits he commands .

### ١٣ - (ثانياً) امر او نهى

ومشيئة الهيئة الحاكمة تكون امراً او نهياً . فالقانون ليس  
مجرد ارشاد تحت الناس على اتباعه ، بل هو امر او نهى يجب  
السير على مقتضاه

وقد يعترض على ذلك بأن كثيراً من القواعد القانونية  
ليست امراً او نهياً ، بل هي مجرد رخصة . فالقانون يبيع  
للشخص ان يملك وان يتعاقد وان يوصي وان يهب فأين الامر

مشيئة حادثة شاعرة

ما يقره السلطان يأمر به

مجرد الرخصة

والنهي من ذلك ؟ ان هي الا رخص اياها القانون للناس ، فاهم ان يتعاقدوا والا يتعاقدوا ، ولهم ان يوصوا والا يوصوا . ولكن هذا الاعتراض يمكن دفعه . فأن القاعدة القانونية التي ترخص في عمل شيء تأمر في الوقت ذاته الناس باحترام هذا العمل اذا تم ، وثنهم عن انتهاك حرمة . ثم هي توجب في ذمة من قام بالعمل التزامات هي اوامر ونواه توجب لها الطاعة . فمن تعاقد بالبيع مثلاً وجب على الغير احترام تعاقد ، وينشي العقد في ذمته التزامات بتسليم الشيء المبيع ، ونقل ملكيته ، وبالامتناع عن التعرض للمشتري ، وبمنع تعرض الغير له ، وهكذا . فهذه جملة من الاوامر والنواهي يتضمنها التعاقد .

قواعد المرافعات . وقد يعترض كذلك بأن قواعد المرافعات لا تتضمن اوامر او نواهي ، بل هي في اكثرها اجراءات تتبع اذا اختار شخص ان يسلك طريق القضاء . ودفع هذا الاعتراض يسير . فأن اتباع هذه الاجراءات امر يصدره القانون للقضاء والمتقاضين دون غيرهم من الناس

#### ١٤ - ( ثالثاً ) الجزء الديني

ولا يكفي أن تصدر الهيئة الحاكمة أمراً أو نهياً ، بل يجب ان تقرر ذلك بجزء دينوي توقعه على من يخالف الأمر أو النهي .

وهذا الجزاء الدنيوي تقوم الهيئة الحاكمة بتوقيعه مستعينة في ذلك بالقوة العامة التي بين يديها . ويترتب على ذلك ان قواعد الاخلاق والمجاملات الاجتماعية والاداب العامة والاحكام الدينية كل هذه ليست قانونا فقد تكون اوامر ونواهي يجب على الناس اتباعها ولكنهما ليست مقترنة بجزاء دنيوي توقعه الدولة على من يخالفها .

القانون الدولي العام

وهنا يقوم اعتراضان : ( الاعتراض الاول ) انه يترتب على ما تقدم ان القانون الدولي العام ليس قانونا ، اذ ان قواعده غير مقترنة بجزاء دنيوي يقع على الدولة التي تخرق حرمة هذا القانون . واذا كانت الحياة الدولية آخذة في التوثق بأنشاء عصبة الامم ومحكمة العدل وغير ذلك من الهيئات الدولية ، فإن الشقة دون وجوب احترام هذه القواعد الدولية لا تزال بعيدة . لذلك لا يرى اوستن ان القانون الدولي العام قانون بالمعنى الصحيح ! ( والاعتراض الثاني ) أن القانون الدستوري هو ايضا في منزلة القانون الدولي العام من حيث عدم وجود قوة تنفذه بالقهر . فالقانون الدستوري قواعد تنظم السلطان وروابطه بالافراد ، والسلطان لا يخضع لقوة أعلى ، فكل قانون ينظم السلطان ماهو الا مشيئة السلطان ، فلا تلزمه هذه المشيئة اذا غيرها .

القانون الدستوري



وهب أنها الزمته : فأين هي القوة التي تجبر الساطرات على الاذعان ؟ اذا وجدت هذه القوة فهي السلطان الحقيقي ما دامت تعمل على السلطان المزعوم . ونعود الى نفس التحليل فيما يتعلق بالسلطان الحقيقي . اما اذا لم توجد فقد بطل اذن ان القانون الدستوري يمكن تنفيذه بالقهر . ومن اجل هذا انكر اوستن على القانون الدستوري ايضا ان يكون قانونا بالمعنى الصحيح .

#### ١٥ - تقرير مذهب اوستن

ليس هناك شك في وضوح نظرية اوستن وبساطتها ، فهي ترتكز على معيار مادي في تعرف طبيعة القانون . وعندها ان القانون هو مشيئة "سلطان" ينفذها بالثورة . فمتى صدرت ارادة السلطان لتنظيم الروابط الاجتماعية ، وقسرت الناس على الخضوع لهذه الارادة ، فذلك هو القانون . وعلى ذلك يكون المصدر الرسمي الوحيد للقانون هو التشريع ، ولا يوجد مصدر آخر الى جانبه . ويكون القانون مبنيًا على القوة والقهر لا على الرضا والاختيار . وليست هناك الا علامة مادية شكلية لا يتجاوزها الى ما وراءها في تعرف طبيعة القانون .

وضوح النظم  
وبساطتها

هذه مسائل ثلاث هي نقط الضعف في نظرية اوستن :  
( اولاً ) انفراد التشريع بأن يكون مصدراً رسمياً للقانون .

نقط الضعف في  
النظرية

(ثانيا) اغفال عامل الامة وانقيادها للقانون بمحض رغبتها . (ثالثا) الوقوف عند معيار شكلي للقانون . ونحن نتناول هذه المسائل الثلاث :

١٦ - (اولا) انفراد التشريع بانه يكون مصدرا رسميا للقانون لا يكون القانون قانونا طبقا لنظرية اوستن الا اذا كان مصدره السلطان أو الدولة أو التشريع . فالنظرية تنكر ان يكون للقانون مصدر رسمي آخر . والواقع من الامر ان للقانون مصادر رسمية أخرى غير التشريع . فهناك العادات ، والدين والقضاء ، وندع الفقه وقواعد العدالة . فالقانون قد يكون مصدره الرسمي العادة ، وتلتزم المحاكم بتطبيقها كما تنطبق التشريع ، واذا طبقها المحاكم فلانها قانون واجب التطبيق . ولكن نظرية اوستن تقاب الوضع ، وترى ان القانون الذي يكون مصدره العادة انما يكون قانونا لان المشرع اقره . فهو قانون لان المحاكم تطبقه ، لا ان المحاكم تطبقه لانه قانون .

١٧ - (ثانيا) اغفال عامل الامة وانقيادها للقانون بمحض رغبتها :

وقد عنيت نظرية اوستن عناية خاصة بعامل القوة والقهر في القانون . وحملها ذلك على انكار صفة القانون الصحيح على القانون الدولي العام والقانون الدستوري . فاعفلت بذلك عاملا لا يقل في

المصادر الرسمية  
الآخري للقانون

عامل الرضا  
والاختيار

الاهمية عن عامل القوة والقهر ، وهو عامل الرضا والاختيار .  
 فالافراد تخضع للقانون لا لأنها مجبرة على الخضوع له فحسب ،  
 بل لأنها ايضا ترتضيه قانونا ينظم روابطها الاجتماعية . واذا  
 كانت القوة من وراء القانون ، فهذه القوة انما هي قوة الامة ،  
 والساطان ليس في حقيقة الامر الا الامة نفسها مجتمعة . واذا  
 صدر قانون ياباه طبع الامة وتقاليدها وحياتها الاجتماعية ، ومع ذلك  
 يأبى المشرع الا ان يخضع له الناس بالقوة ، فقد يبقى قانونا وقتا  
 قصيرا ، ثم لا تلبث ارادة الامة ان تغلب ارادة المشرع ، ويلغى  
 القانون او يهجر . والاتجاه المتواصل الى استعمال القوة في  
 تنفيذ القوانين انما يكون علامة ضئف لا علامة قوة .

ومن هنا نرى ان انكار صفة القانون على القانون الدولي العام والقانون  
 الدستوري فيه تجاوز . فاقواعد الدولية والقواعد الدستورية قواعد  
 ارتضتها الدول والافراد لتنظيم روابطها الاجتماعية ، فهي قوانين حتى  
 مع خلوها من عامل القهر . على ان القوانين الدستورية بنوع خاص  
 لا تخلو من هذا العامل . وذلك ان القوانين المعتادة تحوط بها قوة الامة  
 بطريقة غير مباشرة متمثلة في الشرطة او في الجند . اما القوانين الدستورية  
 فتحوطها قوة الامة بطريقة مباشرة ، واذا اريد انتهاك جريمة قانون  
 دستوري ، فان دون ذلك الامة تشور للمحافظة على دستورها .

القانون الدولي العام  
 والقانون الدستوري



## ١٨ - (أولاً) الوقوف عند معيار شكلي للقانون :

طابع المشرع هو  
المعيار الشكلي

والكن العيب الجوهرى في نظرية أوستن هو أنها تقف عند معيار شكلي للقانون ، فلا تتجاوز الشكل الى الموضوع ، ولا تنفذ الى صميم القواعد القانونية لتتعرف طبيعتها . فهي تقنع من القاعدة القانونية بأنها تحمل طابع المشرع ، وتقف عند هذه العلامة الرسمية ، ولا تنفذ الى طبيعة القاعدة القانونية لترى كيف نشأت وكيف تطورت .

وهو معيار شكلي  
ناقص

وإذا كانت هناك مزية لنظرية أوستن ، فذلك أنها تسهل على رجل القانون تمييز القواعد القانونية من غيرها بعلامة مادية يقف عندها ، فما كان من هذه القواعد يحمل طابع المشرع فهو قانون . على أن هذه المزية ليست خالصة ، فإن كثيراً من القواعد القانونية لا يحمل هذا الطابع ، وله مصدر آخر غير التشريع .

## المبحث الثاني

مدرسة الترح على المتون

Ecole de l' Exegese

## ١٩ - اصل التسمية ووجه السبب بمذهب أوستن :

اصل التسمية  
شرح النصوص متناهتا

وعند الفرنسيين مدرسة تتفق مع مدرسة أوستن الانكليزية ، من حيث أن كلا منهما يجعل التشريع هو المصدر الرسمي الوحيد

للقانون ، ويقف عنده فلا يجاوزه الى سواه . وقد عرفت هذه المدرسة باسم مدرسة « الشرح على المتون » ( Exegese ) ، لان فقهاءها يشرحون نصوص التشريع متناً متناً كما يفعل المفسرون في الكتب المقدسة . وهؤلاء الفقهاء يصدرون جميعاً عن فكرة واحدة ، هي ان النصوص التشريعية قد حوت كل القواعد القانونية ، ولم تفرط فيها من شيء ، فليس امام الفقيه الا ان يستعرض هذه النصوص ، ويفسرها نصاً نصاً .

وجه الشبه بمذهب أوستن  
القانون هو التشريع

ونرى من ذلك ان مدرسة « الشرح على المتون » هي ايضاً مذهب شكلي ، كمدرسة أوستن ، تكتفي في التعرف على القانون بشكله دون موضوعه . فالقانون في نظر هذه المدرسة هو التشريع ، ولا يوجد شيء آخر غير التشريع يجوز اعتباره قانوناً .

٢٠ - مميزات مدرسة « الشرح على المتون » :

لمدرسة الشرح على المتون مميزات :

(اولاً) التقيد بالنصوص :

لا تعرف هذه المدرسة الا نصوص التشريع مصدراً للقانون . وقد قال بينيه ( Bugnet ) احد فقهاءها . « اني لا اعرف القانون . المدني ، وانما ادرس تقنين ناپليون <sup>(١)</sup> . وقال ديمولومب

التقيد بالنصوص

(١) Je ne connais Pas le droit civil; je n'enseigne que le code Napoleon.

( Demolombe ) امير فقهاء هذه المدرسة : « ان شعارى والعقيدة التى اؤمن بها هي ايضا : النصوص قبل كل شىء » .<sup>(١)</sup>

( ثانيا ) العبرة بنية المشرع الحقيقية او المفروضة :

واذا كانت نصوص التشريع تشتمل على كل القواعد القانونية ،  
فان تفسير هذه النصوص يجب ان يتوخى فيه نية المشرع ، لا اللفظ  
الذى استعمله في التعبير عن هذه النية . والعبرة بنية المشرع الحقيقية  
وقت وضع التشريع ، لا بنتيجه المحتملة وقت تطبيق التشريع . واذا تطورت  
الظروف الاجتماعية بحيث اصبحت نية المشرع الحقيقية لا تتمشى  
مع هذه الظروف ، فلا يجوز للقاضي ان يعتمد الى نية اخرى محتملة ،  
ينسبها للمشرع لو انه وضع التشريع في الوقت الذي يطبق فيه ،  
بل يجب عليه ان يظل أميناً على النية الحقيقية للمشرع وقت وضع  
التشريع . ذلك ان التقيد بنية المشرع الحقيقية في نظر مدرسة  
« الشرح على المتون » يعصم من الوقوع في التحكم ، اذ من  
المسير الاتفاق على النية المحتملة للمشرع ، وسرعات ما تختلف  
القضاة في تحديدها كل بحسب منطقة وهواه . ثم ان التقيد بنية  
المشرع الحقيقية أكثر أمعانا في احترام التشريع ، اما تجاوز النية

(١) ma devise , ma profession de foi , est aussi : les textes avant tout .



الحقيقية الى نية محتملة فان من شأنه ان يجعل من القاضي  
مشرعاً .

النية المفروضة

على ان « النية الحقيقية » للمشرع قد لا تكون واضحة وضوحاً  
كافياً . ففي هذه الحالة تاجباً مدرسة « الشرح على المتون » الى  
« النية المفروضة » تستخلصها من روح التشريع ومن تقاليد  
القانون . مثل ذلك ما نص عليه المشرع الفرنسي من عدم جواز  
التصرف في العقار الذي تقدمه الزوجة مهراً لزوجها في نظام  
الدوطة (Regime dotal) . ولم يعرض المشرع المنقول . فهل  
يجوز التصرف في المنقول خلافاً للعقار ؟ لو قلنا بالنية المفروضة  
للمشرع وقت وضع التشريع ، لوجب القول بجواز التصرف في  
المنقول ، اذ النص على العقار دون المنقول من حيث عدم جواز  
التصرف ، يجعل الحكم مختلفاً ، والمبرر لهذا الاختلاف في الحكم  
ان المنقول لم يكن بذئ شأن وقت وضع تقنين نابليون ، وان العقار  
كان هو عماد الثروة في ذلك الوقت ، فمن المنقول ان يحمي  
المشرع العقار دون المنقول . اما اذا قلنا بالنية المحتملة للمشرع  
وقت تطبيق التشريع ، لوجب القول ، مع القضاء الفرنسي ،  
بأن المنقول اصبح لا يقال الان في الشأن عن العقار ، فيجب له  
نفس الحماية ، ولا يجوز التصرف فيه كما لا يجوز التصرف في

العقار . وتأخذ مدرسة الشرح على المتون بالقول الاول .  
 فنية المشرح ، الحقيقية أو المفروضة ، هي التي تتلمذ بها مدرسة  
 «الشرح على المتون» وتجري على مقتضاها ، حتى يكون التشريع  
 وحده ، لا اجتهاد الفقهاء ، هو مصدر القانون .

٢١ — فقهاء مدرسة «الشرح على المتون»

نذكر خمسة من أشهرهم :

(١) و (٢) اوبري ورو (Aubry et Rau) فقيهان من جامعة  
 استراسبورج ، وضعا كتاباً في شرح القانون المدني في ثمانية  
 أجزاء ( في طبعته الرابعة ، وله طبعة خامسة اشترك فيها بارتان  
 Bartin ) من اثني عشر جزءاً . وقد استغرق وضع الكتاب في طبعته  
 الاولى نحو عشر سنوات ( من سنة ١٨٣٤ الى سنة ١٨٤٤ ، وقد قدم على  
 انه ترجمة لكتاب فقيه ألماني اسمه زكريا Zachariae ) ، ومثل هذه  
 المدة في طبعته الرابعة ( من سنة ١٨٦٩ الى ١٨٧٨ ) . والكتاب  
 لا يزال حتى الان من امهات كتب الفقه الفرنسي ، اشتهر بالدقة  
 والايجاز .

(٣) ديمولومب ( Demolombe ) ، ويسمى بأمر فقهاء

ديمولومب

مدرسة الشرح على المتون ، كان عميداً لكلية الحقوق بكان (Caen) .

ووضع كتابا في شرح القانون المدني في واحد وثلاثين جزءا ،  
استغرق وضعه واحداً وثلاثين عاماً (من سنة ١٨٤٥ الى سنة ١٨٧٦ )  
ولم يكمل الشرح . وعرف كتابه بالافاضة والاسهاب .

لوران (٤) لوران (Laurent) وهو فقيه بلجيكي ، يمثل المدرسة  
تمثيلاً صادقاً ، أذ عرف بشدة التمسك بنصوص القانون . وقد  
شرح القانون المدني في مؤلف من ثلاثة وثلاثين جزءاً ( من  
سنة ١٨٦٩ الى سنة ١٨٨٧ ) .

بودري لا كانتري (٥) بودري لا كانتري (Baudry.lacantierie) ، وهو من  
أحدث الفقهاء الذين يمثلون المدرسة . وضع شرحاً مطولاً للقانون  
المدني ، بالاشتراك مع فقهاء آخرين ، من تسع وعشرين جزءاً  
( من سنة ١٨٨٥ الى سنة ١٩٠١ ) . ولا يزال كتابه حتى الان  
أهم مرجع افقه مدرسة « الشرح على المتون » .

٢٢ . تقرير « مدرسة الشرح على المتون »

هذه المدرسة كسابقتها ، مدرسة اوستن ، تلحق بها العيوب  
التي اسلفناها : (١) تجعل التشريع هو المصدر الرسمي  
الوحيد للقانون (٢) وتغفل عامل ارادة الامة ، و . انحور به هذه  
الارادة ( في شكل العادات والتقاليد ) من ارادة المشرع (٣) و

عيوب مدرسة اوستن



تقف عند معيار شكلي للقانون ، فلا تحلل طبيعة القانون وعناصره الاولى .

وهي الى جانب هذه العيوب ، تجعل القانون جامدا لا يتطور ، ما دامت تتقيد بأرادة المشرع وقت وضع التشريع . عيب آخر هو الجمود

## الفصل الثاني المذاهب الاجتماعية

٢٣ - فاصيلا

هذه مذاهب لا تنظر الى القانون نظرة سطحية ، ولا تكتفي في التعرف عليه بعلامة شكلية . بل هي تنفذ الى الصميم ، وتحلل القانون الى عناصره الاولى ، وترده الى اصله في دائرته الاجتماعية . وهي بين مذاهب فلسفية ميتافيزيكية ، ومذاهب علمية واقعية ، ومذاهب مختلطة تمتد الى النزعتين . القانون حقيقة اجتماعية

ونذكر من هذه المذاهب مذهب القانون الطبيعي ، ومذهب التطور التاريخي ، ومذهب القانون الطبيعي ذي الحدود المتغيرة ، ومذهب الغاية الاجتماعية ، ومذهب التضامن الاجتماعي ، ومذهب العلم والصياغة . بيان بعض المذاهب الاجتماعية

## المبحث الاول

### مذهب القانون الطبيعي

#### ٢٤ - فكرة القانون الطبيعي

يرى مذهب القانون الطبيعي أن هناك قانونا كامنا في طبيعة الروابط الاجتماعية ، وهو قانون ثابت لا يتغير لا في الزمان ولا في المكان . يكشفه العقل البشري لا يوجد . هذا هو القانون الطبيعي ، قانون أبدي سرمدي ، ككل القوانين التي تهيمن على الظواهر الطبيعية . فكما ان العالم الطبيعي من فلك وارض وهواء وماء ، وما تحويه كل هذه الاشياء ، خاضع لقوانين طبيعية لا تتغير ولا تتبدل ، كذلك العالم الاجتماعي يخضع لقوانين طبيعية توجهه الى حيث هو منساق اليه . وما على العقل البشري الا ان يتمعن في الروابط الاجتماعية ، فيستخلص منها هذا القانون الطبيعي . وكلما قرب القانون الوضعي من القانون الطبيعي كان اقرب الى الكمال .

قانون كامن في طبيعته  
الروابط الاجتماعية  
يكشفه العقل لا يوجد

ولمذهب القانون الطبيعي تاريخ طويل ، ومراحل عديدة تدرج فيها ، نلم بها موجزين .

مراحل تطور القانون  
الطبيعي

## ٢٥ - مذهب القانون الطبيعي عند اليونان

عرف فلاسفة اليونان القانون الطبيعي . فقد راعهم ان رأوا ان الانسان كبقية المخلوقات يخضع لقوانين طبيعية من نشأة ونمو وتطور وفناء ، وان هناك قوانين ثابتة لا تتغير ، تخضع لها البشرية جميعها في كل زمان ومكان ، الى جانب الحوادث العارضة التي تخص كل انسان . فسموا هذه القوانين الثابتة بالقانون الطبيعي . ويميز أرسطو بين القانون العام ، وهو هذا القانون الطبيعي ، والقانون الخاص ، وهو من وضع البشر ، تتخذ كل امة منه ما تهتدي اليه .

وقال الرواقيون بالقانون الطبيعي . فعندهم ان اصل الوجود هو الله في هيئة النار . ثم تحركت النار وحولت جزءا منها الى هواء ، وتحرك الهواء وحول جزءا منه الى ماء ، وتحرك الماء وحول جزءا منه الى ارض . ويسير العالم في هذه الصورة شوطاً مقدراً ، وفقاً لسنن محتمة . ثم تقف الارض في الماء ، والماء في الهواء ، والهواء في النار ، ويعود العالم كتلة نارية كما كانت . ثم ينفصل من النار هواء ، ومن الهواء ماء ، ومن الماء ارض ، سيرة اخرى ، ويسير العالم هذا الشوط المقدر . وهكذا دواليك .

يميز ارسطو بين  
القانون الطبيعي  
والقانون الوضعي

فلسفة الرواقيين



فيتعاقب على العالم حالان ، البناء والهدم الى مالا نهاية . ويحدث ذلك على اساس لا يتغير ، وقانون طبيعي ثابت .

### ٢٦ — مذهب القانون الطبيعي عند الرومان

القانون المدني وقد ميز فقهاء الرومان بين القانون المدني

( Jus civile ) وقانون الشعوب ( Jus gentium ) ، والقانون

الطبيعي ( Jus naturale ) . فالاول هو القانون الروماني العتيق

الذي كان يطبق على الرومانيين دون سواهم . أما قانون الشعوب

فهو ذلك القانون المشترك بين جميع الشعوب ، وكانت الرومان

تستمد من مبادئه القانون الذي كان يطبق على

الاجانب ، وهذا هو القانون الطبيعي بالمعنى المقصود . اما

القانون الطبيعي في لغة الرومان فقد كان القانون الذي تخضع له

كل الكائنات الحية من انسان وحيوان . فهناك نوع من التدرج

القانون الطبيعي تخضع له كل الكائنات الحية ، وقانون الشعوب

يخضع له كل بني الانسان من بين الكائنات الحية ، والقانون المدني

يخضع له كل الرومانيين من بني الانسان .

وقد نقل الرومان مذهبهم في القانون الطبيعي عن الفلسفة

اليونانية . وحل « قانون الشعوب » عند الرومان محل القانون الطبيعي

أثر « قانون الشعوب »  
في « القانون المدني »

عند اليونان . بل هو قد صار قانونا عمليا ، لا مجرد فلسفة ، يطبقه الرومان في علاقاتهم مع الاجانب ، ويستخلصونه من القوانين الطبيعية التي يستلهمونها من عقولهم ، ويسبون ان الانسانية تخضع لها اذ هي قوانين تطبقها كل الشعوب . وقد أثر « قانون الشعوب » هذا في « القانون المدني » فوسع فيه وهذبه ، وصار من أهم المصادر في رقي القانون الروماني ، اذ كان مبنيا على العقل في اساسه ، بينما كان « القانون المدني » مبنيا على العادات القديمة والاشكال والاضاع .

ونرى مما تقدم ان القانون الطبيعي كان فلسفة عند اليونان ، فصار قانونا عند الرومان ، وسنراه ينقلب دينا في العصور الوسطى ، ثم سياسة في العصور الحديثة .

تطور القانون الطبيعي  
من فلسفة الى قانون  
الى دين الى سياسة

٢٧ — مذهب القانون الطبيعي في العصور الوسطى في اوربا  
وورثت المسيحية في العصور الوسطى القانون الطبيعي ، فجعلته القانون الالهي ، وهو قانون أبدي سرمدي ، ثابت لا يتغير ، نصل اليه من طريق الوحي لا من طريق العقل .

القانون الالهي

٢٨ — مذهب القانون الطبيعي « عند المعتزلة » من المسلمين  
ومما هو جدير بالذكر ان الاسلام عرف كالمسيحية القانون

من الحاكم بالحسن  
والقبح ؟

الطبيعي . وزاد عليها انه ميز بين القانون الطبيعي والدين . وجعل العقل لا الوحي هو الكاشف لهذا القانون . وهذا هو مذهب المعتزلة المعروف . فمقدم أن الحسن والقبح ( أي الأمور به والمنهى عنه أي القانون ) يدركها العقل ، والشرع جاء كاشفا عما ادركه العقل قبل وروده . فالمعتزلة تقول اذن بقانون طبيعي مصدره العقل لا الدين . وقد ورد في ارشاد الفحول للشوكاني ص ٧ ما يأتي : « اعلم انه لا خلاف في كون الحاكم الشرع بعد البعثة وبلوغ الدعوة . واما قبل ذلك ، فقالت الاشعرية لا يتعلق له سبحانه حكم بأفعال المكلفين ، فلا يحرم كفر ولا يجب ايمان . وقالت المعتزلة انه يتعلق له تعالى حكم بما ادرك العقل فيه صفة حسن او قبح لذاته او لصفته او لوجوه واعتبارات ، على اختلاف بينهم في ذلك . قالوا والشرع كاشف عما ادركه العقل قبل وروده ... ومحل النزاع بينهم ( الاشعرية والمعتزلة ) ... هو كون الفعل متعلق المدح والثواب والذم والعقاب آجلا او عاجلا فعند الاشعرية ومن وافقهم ان ذلك لا يثبت الا بالشرع ، وعند المعتزلة ومن وافقهم ان ذلك ليس الا لكون العقل واقعا على وجه مخصوص لاجله يستحق فاعله الذم » . وجاء في التوضيح على



التنقيح : العقل عند ( المعتزلة ) حاكم مطلق بالحسن والقبح على الله تعالى وتعالى العباد . أما على الله فلائذ الاصلح للعباد واجب على الله بالعقل ، فيكون تركه حراما على الله ، والحكم بالوجوب والحرمة يكون حكما بالحسن والقبح ضرورة . وأما على العباد فلان العقل عندهم يوجب الافعال عليهم ، ويبيحها ويحرمها ، من غير ان يحكم الله فيها بشيء من ذلك . وعندنا ( الاشعرية ) الحاكم بالحسن والقبح هو الله ، وهو متعال عن أن يحكم عليه غيره ، وعن أن يجب عليه شيء ، وهو خالق أفعال العباد على ما مر ، جاعل بعضها حسنا وبعضها قبيحا ، له في كل قضية كلية أو جزئية حكم معين ، وقضاء معين ، واحاطة بظواهرها وبواطنها ، وقد وضع فيها ما وضع من خير أو شر ، ومن نفع أو ضرر ، ومن حسن أو قبح »

مذهب المعتزلة  
الحاكم هو العقل

وواضح مما قدمناه ان المعتزلة تذهب إلى ان العقل هو الحاكم بالحسن والقبح . ومنى ذلك ان مصدر القانون هو العقل لا الشرع ، بخلاف الاشعرية ، فهي تذهب إلى ان الحاكم هو الله ، أي ان مصدر القانون هو الشرع لا العقل . فالمعتزلة تقول اذن بقانون العقل ، أي بالقانون الطبيعي ، وهو حاكم على الله وعلى

العباد . فالله واجب عليه الاصلاح للعباد ، والعباد يلجأون الى العقل في معرفة القانون . وهذا صريح في ان هناك قانونا طبيعيا يستقل العقل البشري بكشفه ، ولا حاجة بنا الى مشرع ، حتى لو كان هذا المشرع هو الله . أما الاشعرية فعندهم ان مصدر القانون هو المشرع ، اذ ان الحاكم بالحسن والقبح هو الله . فالاشعرية مذهبهم في القانون مذهب رسمي شكلي ، كمذهب اوستن ومدرسة « الشرح على المتون » ، لان القانون عندهم هو مشيئة صادرة من هيئة عليا هي الله .

مذهب الاشعرية  
الحاكم هو الله

#### ٢٩ — مذهب القانون الطبيعي في العصور الحديثة

ولم ينقطع مذهب القانون الطبيعي عن الظهور في القرون الحديثة ، بل زادت اهميته في اوربا الى حد كبير في القرنين السابع عشر والثامن عشر . ويرجع ذلك الى أن اوربا كانت قد استكملت في تلك العصور تكوين قومياتها ، وخلصت سلطان الكنيسة . فانقسمت دولا مستقلة ، ولم يكن لدولة سلطان على الدول الاخرى كما كانت الامر في الدولة الرومانية وفي عهد شارلمان . فافتضى الامر تنظيم علاقات الافراد بالدولة بعد ان قوي سلطان الدولة وتركز ، وتنظيم علاقات الدول بعضها ببعض

حالة اوربا في القرون  
الحديثة  
تكون القوميات  
واستقلال الدول

اساس جديد للقانون  
الدستوري والقانون  
الدولي العام

الآخر على اساس جديد . كان لا بد اذن من ايجاد اساس جديد  
لتطور القانون الدستوري من ناحية ، ولتطور القانون الدولي  
العام من ناحية اخرى . وكان من الواجب ان يتطور هذان  
القانونان دون ان تكون هناك سلطة تشريعية كبرى تملي احكام  
هذا التطور . واذا لم يكن هناك تشريع ، قام العقل الى جانب  
العادات والتقاليد مقام التشريع . ومن هنا ندرك سبب نهوض  
مذهب القانون الطبيعي نهوضا عظيما في القرنين السابع عشر  
والثامن عشر في اوربا . فقد قام هذا المذهب مستندا الى العقل  
البشري والتفكير الحر ، ونادى بوجود قانون طبيعي يسيطر على  
علاقات الافراد بالدولة ، ويسيطر على علاقات الدول بعضها  
بالبعض الآخر .

القانون الطبيعي هو  
هذا الاساس الجديد

اما علاقات الافراد بالدولة فتتظيمها يقتضي بحث الاساس  
الذي تقوم عليه الدولة . وقد تصدى لهذا البحث فلاسفة ثلاثة :  
هـنـرـي (Hobbes) ولوك (Locke) الانجليزبان وروسو (Rousseau)  
الفرنسي . وكذلك تنظيم علاقات الدول بعضها بالبعض الآخر  
يقتضي مراجعة الاساس الذي يبنى عليه القانون الدولي العام .  
ولما كانت الجمعية الدولية في ذلك العهد تعيش في عهد الفطرة



والبدعوة ، فان الفقهاء والفلاسفة لم تجد الا القانون الطبيعي تبني على مبادئه ما يقوم من العلاقات بين الدول ، وكان المؤسس للقانون الطبيعي في عهده الجديد جروسيوس ( Grotius ) الفقيه الهولندي المعروف . ونعرض بإيجاز لآراء هؤلاء الفلاسفة الأربعة : جروسيوس وهيز ولوك وروسو .

جروسيوس  
فجر جروسيوس ( من سنة ١٥٨٣ الى سنة ١٦٤٥ ) كان فقيها هولندياً كبيراً ، ويعتبر مؤسس القانون الدولي العام في عهده الحديث . وقد أسسه على مبادئ القانون الطبيعي . ووضع كتابه الشهير « قانون الحرب والسلام » ( jure Belli et Pacis, Droit de Guerre et Paix ) ونشره في سنة ١٦٢٥ . وقد عرف فيد القانون الطبيعي بما يأتي : « القانون الطبيعي هو القاعدة التي يوحى بها العقل القويم ، والتي بمقتضاها نحكم بان ضرورة أن العمل ظالم أو عادل ، طبقاً لاتفاقه مع المعقول » . على أن جروسيوس ، عندما فصل قواعد القانون الطبيعي ، أقر كثيراً من العادات التي كانت متبعة في زمنه على ما فيها من قسوة وشدة ، فقد أقر الرق والاستعباد والفتح ، أي استعباد الانسان الانسان واستعباد الدولة الدولة . فالاصل عنده ان الانسان حر طبقاً للقانون الطبيعي ، ولكنه يفقد

حرية على أثر حرب تقوم ، ويستطيع ان يتنازل عن هذه الحرية بعقد يبرمه ، واذا كان الانسان يستطيع ان يتنازل عن حرية فالامة تستطيع ان تفعل ذلك ايضا فتضع نفسها في كنف امة اخرى تكون سيدها على ان تظلها بحمايتها .

أما هيز ( ١٥٨٨ - ١٦٧٩ ) ولوك ( ١٦٣٢ - ١٧٠٤ ) وروسو ( ١٧١٢ - ١٧٧٨ ) فقد اتفقوا جميعا فيما يأتي : ( اولا ) كانت الناس تعيش قبلا في عهد الفطرة قبل ان ينتظموا في الجمعية البشرية ( ثانياً ) لما كان من المتعذر البقاء في هذه الحالة فان الناس ابرموا عقدا اجتماعيا ( Contrat social ) بمقتضاه انتقلوا من عهد الفطرة الى عهد النظام . ولكن الفلاسفة الثلاثة اختلفوا عند ما اراد كل منهم تحديد طرفي العقد الاجتماعي واثر هذا العقد ، وفقا للقانون الطبيعي الذي تصوره . فرأى هيز ان العقد قد تم بين افراد الناس جميعا ، ولم يكن السلطان طرفا فيه ، على ان تتنازل الناس عن حرياتهم الطبيعية للسلطان ليقم النظام بينهم والسلطان السيطرة المطلقة على الناس ، وله ان يستبد بالامر فيهم ، فأن الاستبداد خير من الرجوع الى حالة الفوضى . وكان هيز في نظريته هذه نصيرا للحكومة الاستبدادية التي كانت

هيز ولوك وروسو

حيث يتفقون :

عهد الفطرة  
العقد الاجتماعي

حيث يختلفون :

طرفا العقد  
اثر العقد

فائمة في انجلترا في عهده . ورأى لوك ، وكان من انصار الملكية المقيدة وانبرى يدافع عن الثورة الانجليزية التي شبت في سنة ١٦٨٨ ، أن العقد الاجتماعي قد ابرم بين الشعب والسلطان ، على ان يتنازل افراد الشعب عن جزء من حرياتهم الطبيعية ليتمتعوا بالجزء الباقي ، فاذا اخل السلطان بتعهده من تمكين الناس من التمتع بالجزء الممكن من حرياتهم الطبيعية ، جاز للشعب ان يفسخ العقد الذي ابرمه مع السلطان . وان ينتقض عليه ؛ وتكون الثورة في هذه الحالة مشروعة . ورأى روسو ، وهو من انصار سلطان الشعب ، ان العقد الاجتماعي انما ابرم ما بين افراد الشعب جميعا على ان يتنازلوا عن حرياتهم الطبيعية للشعب نفسه ، اذ لا يوجد غير الشعب سلطان ، ويستعيضوا عن هذه الحريات الطبيعية بحريات مدنية ، يكون امر الاشراف عليها الى وكيل يقيمونه ، ولهم حق عزله اذا اخل بواجبات الوكالة . وليس الضعف في هذه النظريات جميعها راجعا الى انها افترضت وجود عقد اجتماعي لم يثبت التاريخ وجوده ، فأن الفلاسفة الثلاثة لم يقولوا بالعقد الاجتماعي كحقيقة تاريخية ؛ بل قالوا به كتفسير معقول يكتفون به الروابط الاجتماعية . وانما الضعف

ضعف نظرية العقد  
الاجتماعي

الحقيقي يرجع الى القول بأن الناس عاشوا قبلا في عهد الفطرة فلم تنتظمهم جمعية بشرية ، والواقع من الامر ان الجمعية البشرية وجدت منذ وجد الانسان ، ولم يعيش الانسان ولا يستطيع ان يعيش الا في المجتمع .

٣٠ - مذهب القانون الطبيعي في عصر الثورة الفرنسية وقانونه نابليون  
وقد تأثرت الثورة الفرنسية الى حد كبير بمذهب القانون الطبيعي ، وكانت في تأثيرها خاضعة لنظريات روسو في الحرية والمساواة . واحتذت كذلك مثل الثورة الامريكية حيث أعلنت حكومات امريكا بعد استقلالها مبادئ مشتقة من مذهب القانون الطبيعي . واعلنت الثورة الفرنسية « حقوق الانسان » ( Declaration des Droits de l'Homme ) وهي حقوق تستند كلها الى مبادئ القانون الطبيعي ، وقد نصت المادة الاولى منها على ما يأتي : تولد الناس وتبقى احرارا متساوين امام القانون <sup>(١)</sup> ونصت المادة الثانية على ما يأتي : « الغاية من كل مجتمع سياسي هي المحافظة على حقوق الانسان الطبيعية ، التي لا تقبل السقوط بالتقادم . وهذه الحقوق هي الحرية والملكية والامن ومقاومة

(١) Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit.



التعسف<sup>(١)</sup>قانون نابليون  
المشروع الاول

وقد كاد واضعو قانون نابليون أن يسجلوا في هذا القانون ما قررته الثورة الفرنسية في « اعلان حقوق الانسان » من وجود قانون طبيعي عام ثابت لا يتغير. فجاء المشروع الاول لقانون نابليون تنص المادة الاولى منه على ما يأتي : « يوجد قانون عام لا يتغير ، هو ، صدر كل القوانين الوضعية ، وهذا القانون ليس الا العقل الطبيعي من حيث انه يحكم كل البشر ».<sup>(٢)</sup> ولكن هذا النص حذف من المشروعات التالية ، اذ اعتبر بمثابة اعتناق لمذهب فلسفي ، لا يتلاءم مع طبيعة النصوص التشريعية .

## المبحث الثاني

### مذهب التطور التاريخي

٣١ — كيف ظهر مذهب التطور التاريخي :

كان من شأن فاسفة الثورة الفرنسية أن تدعم مذهب القانون الطبيعي . وكانت حركة التقنين في فرنسا التي تمت في عهد نابليون

اتفاق التقنين مع  
فكرة القانون الطبيعي

(1) Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la propriété, la sécurité et la résistance à l'oppression.

(2) Il existe un droit universel et immuable, source de toutes les lois positives, il n'est que la raison naturelle, en tant qu'elle gouverne tous les hommes.

متفقة مع هذا المذهب . فما دام هناك قانون طبيعي ثابت لا يتغير ،  
فإن تقنين القانون الوضعي لا يتنافى أذن مع طبيعة القانون ، إذ  
يمكن للعقل البشري أن يكشف القانون الطبيعي ، وأن يسجله في  
كتاب ، ولا خوف على القانون من أن يصيبه الجمود ، فإنه  
ثابت أبدي .

ظهور مذهب التطور  
التاريخي ووقوفه ضد  
التقنين

ومهما يكن من أمر ، فإن الفرنسيين أتموا تقنين قوانينهم في  
السنين الأولى من القرن التاسع عشر ، واطمأنوا إلى أنهم قد خطروا  
خطوة كبيرة في سبيل استقرار القوانين . وقد انتقلت عدوى  
التقنين إلى بعض الأمم الأخرى كالنمسا . وقام تيبو (Thibaut)  
في ألمانيا ينادي بتقنين القانون الألماني . فتصدى له سافيني  
(Savigny) الفقيه الألماني المعروف وزعيم المدرسة التاريخية ،  
وقال بضرر التقنين في رسالة مشهورة ، نشرت في سنة ١٨١٤ ، وكان  
لها دوي كبير في عالم القانون ، فقد أرخت مذهباً جديداً هو  
مذهب التطور التاريخي .

مذهب التطور  
التاريخي رد فعل  
لمذهب القانون  
الطبيعي

ولقد كانت فكرة التطور مجهولة إلى القرن الثامن عشر ،  
لذلك كان على فلاسفة القانون أن يختاروا في النظر إلى القانون بين  
أن يروه مشبعةً بحكمة صادرة من هيئة عليا أو قانوناً طبيعياً ثابتاً  
لا يتغير . فتغلبت فكرة القانون الطبيعي ، وبقيت متغلبة حتى آحرز

القرن الثامن عشر . ثم ظهرت فكرة التطور التاريخي ، قال بها بعض الفلاسفة في القرن الثامن عشر ، ومنهم مونتسكيو ( Montesquieu ) صاحب كتاب « روح الشرائع » ولكن الفكرة لم تصبح مذهباً إلا على يد هيجو ( ١٧٦٨-١٨٢٤ ) وسأقيني ( ١٧٧٩ - ١٨٦١ ) في أول القرن التاسع عشر . فأصبح فلاسفة القانون وعندهم مذهب ثالث في تحليل طبيعة القانون .

فمذهب التطور التاريخي كان في الواقع من الأمر رد فعل لمذهب القانون الطبيعي ، بعد أن ساد هذا المذهب مدة طويلة وتدعم بالثورة الفرنسية .

٣٢ - المبادئ التي قام عليها مذهب التطور التاريخي :

يقوم مذهب التطور التاريخي على مبدئين :

(أولاً) لا يوجد قانون طبيعي عام ثابت لا يتغير . بل القانون متغير ، يتطور وفقاً لحاجات كل امة وظروفها . فالقانون كاللغة ، ينشأ في البيئة الاجتماعية ، وينمو نمواً ذاتياً ، ويتطور متأثراً بعوامل البيئة الاقليمية والجوية والدينية والاجتماعية والاقتصادية والسياسية . فيولد القانون وينمو ويتغير كمنظر من المظاهر الاجتماعية المتنوعة .

القانون متغير في  
المكان وفي الزمان

ويتبين مما تقدم أن مذهب التطور التاريخي ، خلافاً لمذهب

القانون الطبيعي ، يرى أن القانون ليس عاماً وليس ثابتاً . فلكل أمة قانونها الخاص بها ، المنفق مع حاجاتها . وقانون كل أمة لا يبقى على حالة واحدة ، بل هو يتطور مع تطور البيئة الاجتماعية . فالقانون أذن متغير في المكان وفي الزمان .

القانون يتطور لا  
يطور على نحو غير  
محسوس ودون غاية

( ثانياً ) ما داء القانون هو خلق البيئة وثمره التطور ، فإن نموه يكون على نحو غير محسوس ، فهو منبعث من ضمير الأمة ومن شعور المجتمع . لذلك لا يكون للقانون غاية محققها ، وليست هناك أرادة عاقلة تسيره وتكينه ، فهو يتطور لا يطور .

مهاجمة المبدأ الاول:  
مذهب القانون  
الطبيعي ذي الحدود  
المتغيرة

٣٣ - مهاجمة مبادئ مذهب التطور التاريخي :

وسنرى فيما يلي أن مذهب التطور التاريخي قد هوجم بدوره .

وأن مذهب القانون الطبيعي ، بعد ان انتكص في أوائل القرن التاسع عشر تحت تأثير هجمات المدرسة التاريخية ، عاد الى الاتعاش وكر على هذه المدرسة ، وهاجم من مبادئها ما يقرر أن القانون متغير في المكان وفي الزمان ، وأنه لا توجد وحدة تجمع ما بين قوانين الأمم المختلفة . واتخذ المذهب اسماً جديداً ، فاصبح يدعى بمذهب القانون الطبيعي ذي الحدود المتغيرة .

مهاجمة المبدأ الثاني:  
مذهب الغاية الاجتماعية

ثم ظهر مذهب آخر ، هو مذهب الغاية الاجتماعية ، يجعل



تطور القانون خاضعاً لارادة مؤثرة، ومتمشياً مع غاية اجتماعية مرسومة .

وبذلك يكون مذهب التطور التاريخي قد هوجم في ناحيته.

## المبحث الثالث

مذهب القانون الطبيعي ذي الحدود المتغيرة

٣٤ - للقانون عتصر ثابت وآخر متغير :

عيب المدرسة التاريخية  
قهي كل وحدة ما  
بين القوانين

رأينا أن مذهب القانون الطبيعي قد انعكس في أوئل القرن التاسع عشر ، واهتز تحت حملات المدرسة التاريخية . ولكنه ما لبث أن انعش بعد ذلك، وهاجم بدور المدرسة التاريخية في ناحيتها الضعيفة . فأن عيب المدرسة التاريخية الظاهر أنها جعلت لكل أمة قانوناً خاصاً بها ، وهو قانون متغير . ولم تحاول أن تربط ما بين قوانين الأمم المتغيرة ، وأن تجعلها منسجمة في ضرب من الوحدة ينتظمها جميعاً . لذلك وجه أنصار مذهب القانون الطبيعي في القرن التاسع عشر جهودهم الى هذه الناحية .

وقد ابتدأوا بالاعتراف بما في مذهب المدرسة التاريخية من حق ، وسلموا بأن لكل أمة قانوناً يتلاءم مع حاجاتها الخاصة ، وهو وليد التطور الاجتماعي وخلق البيئة . ولكنهم يرجعون

القانون ثابت في اساسه  
متغير في تفصيلاته

بعد ذلك الى مذهبهم في القانون الطبيعي ، فيقررون أن هذه القوانين المتغيرة تتجمع كلها حول مبادئ أساسية ثابتة ، وهذه المبادئ الأساسية هي القانون الطبيعي الذي لا يتغير في المكان ولا في الزمان . فالقانون الطبيعي إذا كان ثابتاً لا يتغير ، فأما يكون ذلك في مبادئه العامة الأساسية التي تسود مشتملاته التفصيلية ، وهذه المشتملات التفصيلية تتغير من أمة الى أمة ومن جيل الى جيل ، وتتطور متأثرة بالعوامل الاجتماعية المختلفة . فهناك إذن قانون طبيعي ثابت في أساسه ، متغير في تفصيلاته ، وهو القانون الطبيعي ذو الحدود المتغيرة ( Droit naturel à contenu variable ) كما دعاه ستاملر ( Stammler ) الفقيه الألماني المعروف .

أنصار القانون  
الطبيعي ذي الحدود  
المتغيرة في الوقت  
الحاضر

ومذ كسب مذهب القانون الطبيعي هذه المرونة من مذهب المدرسة التاريخية ، واعترف بتطور القانون ، وفقاً لظروف المكان والزمان ، تطوراً يغير من تفصيلاته دون أن يمس الأساس ، كثر أنصاره ، وعادت فلاسفة القانون في الوقت الحاضر الى الدفاع عنه . ومن الفقهاء الذين دافعوا عنه في فرنسا بيدان ( Beudant ) وشارمون ( Charmont ) ، وفي ألمانيا هيجل ( Hegel ) وستاملر ( Stammler ) . ويعتبر هيجل زعيم مدرسة القانون

الطبيعي ذي الحدود المتغيرة .

٣٥ - تطبيقات القانون الطبيعي ذي الحدود المتغيرة

المبادئ السياسية

ونورد مثلاً على كيفية تطبيق القانون الطبيعي ذي الحدود المتغيرة .  
يمكن القول بأن الفرد ، حتى يعيش في المجتمع ، يجب ان يتمتع  
بمحموق جوهرية ، هي الحق في الحياة وفي السلامة ، والحق في  
الحرية ، والحق في الاسرة ، والحق في الملكية ، والحق في احترام  
تعاقدته ، والحق في التعويض عن الضرر الذي يصيبه ، والحق في  
عدم اثناء الغير على حسابه .

تطبيقاتها التفصيلية

الحق في الحياة

هذه هي المبادئ الجوهرية التي لا تتغير لا في المكان ولا في  
الزمان . فاذا ما اردنا تطبيقها وجدنا ان الحق في الحياة لم يعترف به  
في القديم لطوائف من الناس منهم الرقيق والمدين واسير الحرب  
وينكر اليوم على القاتل ، ولا ندري هل يبقى هذا الحق منكراً  
حتى على القاتل ، فان من الملاسفة من يرى الغاء عقوبة الاعدام .  
وكذلك الحق في الحرية بأنواعها ، من حرية الرأي وحرية الدين  
وحرية الاجتماع ، يتخذ صوراً واشكالاً تختلف باختلاف الامم  
واختلاف العصور ، فالبلشفية مذهب لا بد من اعتناقه في روسيا  
وبجور اعتناقه في فرنسا ، ويحرم اعتناقه في مصر . وكذلك موقف  
الامم نحو الدين يختلف اختلاف كبيراً ، فمنها من تتخذ ديناً رسمياً

الحق في الحرية

ولا تبسح غيره ، ومنها من تتخذ ديناً رسمياً وتبسح اعتناق غيره ،  
ومنها من لا تتخذها ديناً رسمياً وتبسح اعتناق كل الاديان . والاسرة  
قد تطورت ، فبعد ان كانت امية صارت ابوية ، ويختلف موقف  
الامم تجاه بعض مسائل تتعلق بالاسرة ، كتعدد الزوجات والطلاق  
اختلافاً كبيراً . والملكية كانت مشتركة ، ثم صارت فردية في  
بعض المنقولات ، ثم في البعض الآخر ، ثم شملت العقار . ونطاق الملكية  
والقيود التي تحدها ، وانواعها من ملكية مفرزة او شائعة ومن  
ملكية مادية او معنوية ، كل هذا يختلف اختلافاً كبيراً من امة  
الى امة ومن جيل الى جيل . وقل مثل ذلك في العقد والعمل الضار  
والاثراء على حساب الغير . فهناك اذن مبادي أساسية تبقى واحدة  
لا تتغير ، ولكن تطبيق هذه المبادي تطبيقاً تفصيلياً يختلف  
 باختلاف الامة والعصر .

الحق في الاسرة

الحق في الملكية

العقد والعمل الضار  
والاثراء على حساب  
الغير

### ٣٦ - تقرير مذهب القانون الطبيعي بنوعه

عيب مذهب القانون الطبيعي هو انه لا يعطينا قانوناً طبيعياً  
يجمع بين ان يكون صحيحاً وعملياً . فالقانون الطبيعي الثابت قانون  
عملي غير صحيح ، والقانون الطبيعي ذو الحدود المتغيرة قانون  
صحيح غير عملي . وذلك ان القانون الطبيعي الثابت ينزل الى  
تفاصيل الحياة وينحدر الى تفريعاتها ، فهو عملي من هذه الوجهة ،

القانون الطبيعي  
الثابت : عملي غير  
صحيح



ولكنه غير صحيح ، لان القانون الذي ينزل الى كل هذه التفصيلات يتغير بتغير الامة والجيل ، فليس صحيحاً ان يقال بأنه قانون ثابت . والقانون الطبيعي ذو الحدود المتغيرة ، اذا كان صحيحاً لان مبادئه الاساسيه لا تتغير ، فهو غير عملي ، لان هذه المبادئ الاساسية لا تصلح للتطبيق العملي المباشر على تفصيلات الحياة ، اما ما يصلح منه للتطبيق العملي فتفصيلاته المتغيرة . ومن ذلك نلمس ضعف القانون الطبيعي فهو ان كان صحيحاً يكون غير عملي ، واذا كان عملياً يكون غير صحيح .

القانون الطبيعي ذو  
الحدود المتغيرة صحيح  
غير عملي

## البحث الرابع

مذهب الغاية الاجتماعية

٣٧ - الغاية والكفاح في القانون

الغاية

يعتبر اهرنج ( Ihering ) ( ١٨١٨ - ١٨٩٢ ) الفقيه الالماني المعروف زعيم مذهب الغاية الاجتماعية . فعنده ان القانون لا يتطور تطوراً اعمى الى غير غاية ، بل ان نشوءه وتطوره انما يكون طبقاً لغاية مرسومة ، وان عامل الارادة البشرية في تطوير القانون عامل لا يجوز اغفاله ، بل ان عامل الارادة هذا قد يشتد حتى يصبح ارادة عنيفة ، بل كناعاً مستعراً ، يوجه القانون الى الغاية

التي تتوخى. ومن ذلك نرى ان اهرنج قد بنى القانون على اساسين:  
(١) الغاية ( But ) (٢) والكفاح ( Lutte ) .

الظواهر الطبيعية :  
قانون السبب  
الظواهر الاجتماعية :  
قانون الغاية

### ٣٨ - قانون السبب وقانون الغاية :

ويقرر اهرنج حقيقة لا شك فيها ، هي ان الظواهر الطبيعية تخضع لقانون السبب ، اما الظواهر الاجتماعية والادبية فانها تخضع لقانون الغاية . فالجسم يهبط من أعلى الى أسفل بسبب الجاذبية ، والأُنسان يتصرف تصرفاً معيناً للوصول الى غاية معينة . والاسفننج اذا شرب الماء فأنما يخضع بذلك لقانون السبب ، أما الأُنسان اذا شرب الماء فأنما يخضع لقانون الغاية .

الفرق بين السبب  
والغاية

والفرق بين السبب والغاية يتلخص فيما يأتي : (١) السبب سابق على المسبب ، أما الغاية فلا حقة للوسيلة . (٢) السبب أعمى ، والغاية مبصرة . (٣) السبب محتم ، والغاية غير محتمة .

عمل الانسان لابد  
له من غاية

### ٣٩ - القانون وسيرة لغاية :

ولما كانت القانون ظاهرة اجتماعية ، وكانت كل ظاهرة اجتماعية تخضع لقانون الغاية ، فالقانون ليس أذن الا وسيلة لتحقيق غاية . والانسان لا يصدر في عمله الا عن غاية يريد تحقيقها ، حتى المجنون ، له غاية . رسمها لنفسه ، وأن كانت غاية مضطربة

فوجود الغاية لا ينقصه ، وان نقصه استقامة  
هذه الغاية .

والغاية من القانون هي حفظ المجتمع . ولما كانت الطبيعة تتكفل  
بالتوفيق بين حفظ الذات وحب الذات من طريق اللذة الألم ،  
بأن تجعل كل عمل يحفظ الذات مقروناً باللذة التي يدفع اليها حب  
الذات ، وكل عمل يهدد الذات مقروناً بالألم الذي يبعد عنه حب  
الذات ، كذلك القانون يتكفل بالتوفيق بين حب الذات وحفظ  
المجتمع من طريق الثواب والعقاب ، فيجعل لكل عمل يحفظ  
المجتمع ثواباً يدفع اليه حب الذات ، ويجعل لكل عمل يهدد المجتمع  
عقاباً يجنبه حب الذات . فالقانون ، وهو الذي ينظم الروابط  
الاجتماعية ، ليس الا وسيلة لتحقيق غاية المجموع من وراء تحقيق  
الغايات الشخصية للأفراد ، بعد التوفيق بين هذه الغايات الشخصية  
وغاية المجموع ، من طريق الثواب والعقاب .

حب الذات وحفظ  
الذات :  
اللذة والألم

حب الذات وحفظ  
وحفظ المجتمع :  
الثواب والعقاب

فالقانون أذن وسيلة لغاية مبصرة راد تحقيقها . والانسان  
في ذلك يسير على هدى غايته سيراً إيجابياً ، ولا يقتصر على أن  
يقف موقفاً سلبياً ، يشاهد القانون وهو يتطور من تلقاء نفسه .  
بل هو يؤثر في القانون بفعله ، ويكيف تطوره . بل هو يقوم  
بأكثر من عمل إيجابي ، يقوم بكفاح عنيف ، حتى يغير من اتجاه

القانون وسيلة لغاية  
مبصرة

الكفاح في القانون

القانون إذا حاد عن الطريق الموصل للغاية. وقد يقتضي هذا منه عملاً  
عنيفاً بالغافي العنف ولكن تقدم القانون ومسايرته لحاجات المدينة  
المتطورة لا يشتري إلا بهذا الثمن .

٤٠ - مزية مذهب الغاية :

الموقف الإيجابي

من مزايا مذهب الغاية الاجتماعية أنه يجانب ما وقع فيه مذهب  
التطور التاريخي من المبالغة في تصوير القانون تطوراً يقع من تلقاء  
نفسه ، وينتزع من « ضمير الأمة » وهو تطور أعمى لا قصد له  
ولا غاية. فنظرية أهرنج تجعل للقانون غاية يحققها هي حفظ المجموع ،  
فاذا كانت هناك قاعدة قانونية أصبحت غير صالحة لتحقيق هذه  
الغاية وجب أن تتغير ، ولو اقتضى تغييرها كفاحاً ونضالاً . فالنظرية  
أذن تستفز العزيمة وتبعث على العمل . وتنفض غبار الاتكال الذي  
يتراكم في مذهب التطور التاريخي ، وهو المذهب الذي يدع الإنسان  
يكتف يديه مكتفياً بأن ينظر القانون يتطور .

والواقع من الأمر أن القانون من عمل الإنسان ، يريد ويكافح  
في سبيل تحقيق ما يريد . وما الحركات الكبرى التي خطت  
بالإنسانية إلى الأمام إلا حركات قامت على كفاح عنيف ، ثم  
خرجت فائزة من هذا الكفاح . هكذا قامت حركات  
التحرير : تحرير الرقيق ، وتحرير المرأة ، وتحرير الشعوب

الكفاح



## المبحث الخامس

مذهب التضامن الاجتماعي

ديجيه زعيم مذهب  
التضامن الاجتماعي

٤١ - الامس التي يقوم عليها المذهب

يمتد ديغيه ( Duguil ) زعيم القائلين بمذهب التضامن الاجتماعي من رجال القانون . وقد بسط مذهبه في مؤلفات له كثيرة . وهو يبسطه على انه مذهب علمي واقعي ( Positiviste ) ، بعيد كل البعد عن التأثير بالميتافيزيكا ( Metaphysique ) . والميتافيزيكا تختلف عن العلم في انها تبحث في الاصل الاول للاشياء ، فلا تقف عند الشكل والصورة ، بل تجاوز ذلك الى الجوهر والهيولي . وهذا الاصل الاول هو المجهول الواجب الوجود . ولا وسيلة لادراكه غير العقل . اما العلم فتقتصر دائرته على الواقع المحسوس ، ولا شأن له بالمجهول الذي لا يقع تحت الحس ولا يخضع للتجارب . فالتجارب والعقل هما الوسيلتان للبحث العلمي .

مذهب التضامن  
الاجتماعي مذهب  
واقعي لاميتافيزيكي

ركنا المذهب:  
الحقائق الواقعة  
يستخلص من النتائج

ولما كان مذهب ديغيه مذهباً علمياً واقعياً ، يصدر عن المشاهدة والتجارب وتسجيل الواقع ثم هو يستخلص النتائج المعقولة من كل ذلك ، كان من الطبيعي ان يقوم مذهبه على ركنين :

(اولا ) ما يقدره من الحقائق الواقعة (ثانياً) ما يستخلصه من النتائج من هذه الحقائق الواقعة .

٤٢- الحقائق الواقعة في مذهب التضامن الاجتماعي

يسجل المذهب الحقائق الواقعة الآتية :

(١) وجود المجتمع : مما لا شك فيه ان الانسان يعيش في المجتمع ، وانه كان دائماً يعيش في المجتمع ، ولا يستطيع ان يعيش الا في المجتمع . فالمجتمع اذن حقيقة واقعة . على ان للانسان ايضاً ذاتيته المستقلة عند المجتمع ، فله حاجاته الشخصية وميوله وآماله ، ولكن هذه الحاجات والميول والآمال لا يستطيع ان يرضيها الا في المجتمع وبالمجتمع .

(٢) وجود التضامن

(٢) وجود التضامن الاجتماعي : ومادام الانسان يحس ذاتيته ولا يستطيع ان يفي بحاجاته الا في المجتمع ، فانه يرتبط بافراد المجتمع ارتباط تضامن . والتضامن عند ديجيه حقيقة واقعة علمية لا مثل اعلى ميتافيزيكي . وتتسع دائرة التضامن مع تقدم المدنية . فقد كان الانسان يرتبط بالرهط من الناس ( Horde ) يعيش معهم متضامنين في الدفاع عن النفس وفي توفير وسائل العيش . ثم ارتبط بأفراد الاسرة ( Famille ) فزادت وشائج القرابة وثيق اسباب التضامن . ثم ارتبط بأفراد المدينة ( cité ) وهي مجموعة من الاسر

يربط ما بينها التقاليد والمعتقدات المشتركة . ثم ارتبط بأفراد الامة ( Nation ) وجمع بينه وبينهم روابط القانون والحكومة واللغة والدين والتقاليد ، وما علاً الماضي من احداث ، وما نخر به من كفاح وجهاد ، وما يسجله من هزيمة وانتصار . وقد يرتبط بافراد الانسانية جميعاً في المستقبل البعيد .

( ٣ ) تضامن الاشتراك وتضامن التقسيم : والتضامن الاجتماعي ضربان ، تضامن اشتراك (solidarité par similitude) وتضامن تقسيم (solidarité par division du travail) . فتضامن الاشتراك يأتي من اشتراك الناس في حاجات واحدة ، فيتضامنون جميعاً للحصول عليها ، كما يكون الامر بين افراد الاسرة الواحدة . وتضامن التقسيم يأتي من اختلاف الناس في حاجاتها وفي قدرتها على تحصيل هذه الحاجات ، فيقسم العمل فيما بينهم ، يقوم كل منهم بما يستطيع القيام به ، ويبادل الاخرين ما عنده بما عندهم . وتضامن التقسيم هو الذي يسود شيئاً فشيئاً مع تقدم المدنية ، لان الناس مع تقدم المدنية تزيد تبايناً في كفاياتها وفي حاجاتها فيجنح كل فريق الى التخصيص .

( ٣ ) تضامن  
الاشتراك وتضامن  
التقسيم

٤٣ ب النتائج المستخلصة من هذه الحقائق

بعد ان يفرغ دمجيه من تقرير الحقائق الواقعة يستخلص

منها نتيجة ايجابية واخرى سلبية . فالنتيجة الايجابية هي تأكيد وجود القاعدة القانونية ( Droit objectif ) والنتيجة السلبية هي انكار وجود الحق الفردي ( Droit subjectif )

( ١ ) وجود القاعدة  
القانونية

(١) وجود القاعدة القانونية

يستخلص ديجيه من الحقائق التي قررها قاعدة قانونية جوهرية هي اساس سائر القواعد القانونية ، ويصوغها في العبارة الآتية :  
يجب الامتناع عن كل ما يخل بالتضامن الاجتماعي في أية صورة من صورته ، ويجب القيام بكل ما من شأنه أن يحقق هذا التضامن وينميه . وعند ديجيه أن كل القانون يقوم على هذه القاعدة الجوهرية ، وان القانون الوضعي ( positive law ) ، حتى يكون تطبيقاً لهذه القاعدة .

قاعدة ملزمة للفرد  
واللدولة

والقاعدة ملزمة للفرد وملزمة للدولة . أما إلزامها للفرد فمعناه أن كل أرادة فردية تقوم على أساس التضامن الاجتماعي ، ويكون من شأنها أن تحققه ، يجب أن تكون نافذة منتجة لآثارها . وكل أرادة لا تتفق مع التضامن الاجتماعي لا يكون لها أثر . أما إلزامها للدولة فمعناه أن الحكومة ملزمة بتمكين الفرد أتيان كل عمل يحقق التضامن الاجتماعي ، وملزمة باتخاذ قاعدة التضامن الاجتماعي أساساً لها في الادارة وفي القضاء وفي التشريع . والتشريع



بنوع خاص يجب أن يكون قائماً على أساس التضامن الاجتماعي  
ومحققاً له

قاعدة ثابتة في أساسها  
متغيرة في تطبيقاتها

فقاعدة التضامن الاجتماعي ثابتة في أساسها متغيرة في تطبيقاتها .  
مثل ذلك أن مقتضى تضامن الاشتراك هو احترام المساواة بين  
الأفراد ، وتطبيق ذلك واضح في الخدمة العسكرية وفي الضريبة  
التصاعدية وفي التعليم الإلزامي . ومقتضى تضامن الاشتراك  
أيضاً هو احترام نشاط كل فرد في حدود احترام نشاط  
الآخرين ، وتطبيق ذلك واضح في عدم تقييد حرية العمل  
وفي عدم تقييد حق الفرد في تملك ثمرة عمله والاحتفاظ بها  
وفي عدم الترخيص باحتكار وسائل الإنتاج . ومقتضى تضامن  
الاشتراك أخيراً هو احترام النشاط الأدبي لكل فرد ، وتطبيق  
ذلك واضح في وجوب إطلاق حرية الرأي والدين والاجتماع  
والتعليم والصحافة . والدولة ملزمة كذلك بتحقيق تضامن التقسيم ،  
فالمساواة التي تحترمها ليست هي المساواة الحسابية بل المساواة التي  
تناسب مع كفاية كل فرد . ولا يجوز للدولة أن تلزم الفرد بحرفة  
 معينة ، أو أن تقفل باب حرفة معينة في وجهه ، أو أن تعيد نظام  
الطوائف الصناعية . وإلى جانب هذه الالتزامات السلبية  
توجد التزامات إيجابية . كحفظ الأمن العام والأشرف على

الصحة العامة وإيجاد عمل للأصحاء ومساعدة المرضى والعاجزين  
وحماية الحريات العامة حماية إيجابية وحماية حق الملكية وحماية  
العمال . .

٢ - عدم وجود الحق الفردي (٢) عدم وجود  
الحق الفردي

ويذهب ديجيه الى ان الفرد ليس له حقوق مستمدة من  
شخصه من حيث انه انسان . بل عليه واجب هو ان يقوم  
بنصيبه في التضامن الاجتماعي . واذا كان له حق فذلك الحق  
هو ان يقوم بواجبه في تحقيق هذا التضامن .

فالحرية ليست حقاً للفرد . بل هي وظيفة اجتماعية ، تمكن  
الفرد من تنمية شخصيته واعداده لتحقيق التضامن الاجتماعي ،  
فيجب تقييدها وفقاً لمقتضيات هذه الوظيفة ، فلا يجوز ان  
يكون الانسان حراً في ان يتحرر او يدخل في مبارزة ، ولا في  
ان يقوم بالعاب خطيرة من شأنها ان تعرض حياته للخطر .

والملكية كذلك ليست حقاً للفرد ، بل هي وظيفة اجتماعية .  
والملكية الفردية تدوم ما دامت تقوم بوظيفتها الاجتماعية .  
ووظيفة الملكية الفردية في المدنية الحاضرة انها تحقق التضامن  
الاجتماعي ، اذ ان هذا التضامن يقتضي ان يستولي كل عامل

الملكية وظيفة  
اجتماعية

على ثمرة عمله ، وان يستطيع ادخاره ، بل ان يورث عنه ، حتى  
تتوطد الملكية الفردية ، وتقوم بنصيبها في الانتاج وهي احد  
اركانه الهامة . فالمالك ينظر اليه اذن كشخص عليه واجب يقوم  
به في تحقيق التضامن الاجتماعي ، ووظيفة اجتماعية يؤديها . وما  
دامت الملكية ووظيفة اجتماعية ، فاستعمالها في غير تأدية هذه  
الوظيفة لا يجوز ، وتترتب مسؤولية المالك اذا استعمل ملكه في  
الافرار بالقيد او اساء استعمال هذه الملكية . كذلك لا يجوز  
للمالك ان يمنع الغير من أن يستعمل ما يملكه هو فيما لا يتعارض مع  
الوظيفة الاجتماعية ، كان يمد الغير اسلاكاً للكهرباء فوق ارضه ،  
او ان يطير محلقا في جوه ، او ان يأخذ ماء من ترعته يفيض عن  
حاجته بعد ان يعطيه التعويض المناسب . على ان الملكية الفردية  
باعتبارها وظيفة اجتماعية ، لا يجوز ان تبقى الا في الظروف  
التي تبررها ، اما اذا تغيرت الظروف ، وتحوّلت وسائل الانتاج  
واصبحت الملكية الفردية لا تقوم بوظيفتها الاجتماعية ، فانها  
يجب ان تزول .

٤٤ . نقد مذهب التضامن الاجتماعي :

يتبين بوضوح مما قدمناه أن ديجيه يزعم أنه خصم لدود  
لاميتافيسيكاً وخصم لدود لمذهب القانون الطبيعي ، وأن مذهبه

علمي واقعي . والواقع من الأمر أن مذهبه لا يسلم من الميتافيزيكا حتى في أسسه الجوهرية ، وهو قريب من مذهب القانون الطبيعي ذي الحدود المتغيرة .

المذهب ميتافيزيكي  
لا واقعي

أما أن مذهبه لا يسلم من الميتافيزيكا فذلك أنه يقرر حقيقة واقعة هي حقيقة التضامن الاجتماعي . ثم يزعم بعد ذلك أن النظام الاجتماعي يقوم كله على هذه الحقيقة دون غيرها أما أنه يقوم عليها فهذا صحيح . وأما أنه يقوم عليها وحدها فهذا غير صحيح . إذ إن هناك جقائق أخرى غير حقيقة التضامن الاجتماعي يقوم عليها المجتمع بل إن هناك حقيقة مناقضة كل المناقضة لحقيقة التضامن الاجتماعي ، هي حقيقة التنافس والتناحر ما بين الأفراد وتنازع البقاء ، لها أثر في نظام المجتمع لا يقل في القوة عن أثر التضامن . بئس أن يقول ديجيه ولكن القانون يجب أن يبنى على التضامن لا على التنازع ، ولكنه يكون بذلك قد انتقل من دائرة الواقع إلى دائرة الواجب ، أي من دائرة العلم إلى دائرة الميتافيزيكا

وهو قريب من مذهب  
القانون الطبيعي ذي  
الحدود المتغيرة

بأما أن مذهبه قريب من مذهب القانون الطبيعي ذي الحدود المتغيرة فذلك ظاهر فإن ديجيه يقرر قاعدة جوهرية هي قاعدة التضامن ، ثم يقول إن هذه القاعدة الجوهرية ثابتة في أساسها متغيرة في تطبيقاتها ويورد تطبيقات متغيرة تدور كلها حول



القاعدة الجوهرية ومذهب القانون الطبيعي ذي الحدود المتغيرة لا يقول بغير ذلك ، فهو يورد اساسا معقولا يبنى عليه نظام المجتمع ، ثم يطبق هذا الاساس تطبيقا يختلف باختلاف البيئة والجيل

## المبحث السادس

### مذهب العلم والصياغة

٤٥ — العلم والصياغة في القانون :

يذهب چني (Geny) ، في كتابه المعروف « العلم والصياغة في القانون الخاص » (Science et Technipue en Droit Prive) ، الى ان القانون شيء معقد في طبيعته ، ولا بد من تحليله تحليلا دقيقا حتى تتبين ماهيته ، وعنده ان القانون يشتمل على عنصرين : العلم والصياغة .

فالعلم (Science) ، بالمعنى الواسع الذي يريده چني ، هو المادة التي يستخلصها العقل من طبيعة الروابط الاجتماعية المتطورة ، مستهديا بمثل اعلى ينير طريقه . فالعلم اذن هو المادة والجوهر .

والصياغة (Technique) هي القالب التي تصاغ فيه هذه المادة

حتى تصبح قابلة للتطبيق العملي . فالصياغة اذن هي الشكل والصوره .

العلم

الصياغة

ولتبسط القول في كل من هذين العنصرين :

## ١ - العمل

٤٦ - العوامل الأربعة التي يتضمنها العلم :

عوامل أربعة

يميز چني في العلم بين عوامل أربعة : ( ١ ) عامل الحقائق الواقعية (Donnees reelles, naturelles) . ( ٢ ) عامل الحقائق التاريخية (Donnees historiques) . ( ٣ ) عامل الحقائق العقلية (Donnees rationnelles) . ( ٤ ) عامل الحقائق المثالية (Donnees ideales) .

الاحوال المادية

٤٧ - عامل الحقائق الواقعية :

ويشمل جميع الاحوال الطبيعية التي تحيط بالانسان وتلحق به.

الاحوال الادبية  
الاحوال الاقتصادية  
والسياسة والاجتماعية

وهذه تتضمن الاحوال المادية كالتكوين الفسيولوجي والوسط الجغرافي ، والاحوال الادبية كالحالة النفسية والحالة الخلقية والحالة الدينية ، والاحوال الاقتصادية ، والاحوال السياسية ، والاحوال الاجتماعية ، هذه الحقائق الواقعية هي للقانون مادته

مثل ذلك : عقد  
الزواج

الاولى وجوهره والبيئة التي ينشأ فيها . مثل ذلك تنظيم عقد الزواج ، فانه يبنى على كثير من الحقائق الواقعية ، منها حقائق طبيعية كالتكوين الفسيولوجي لكل من الرجل والمرأة، ومنها احوال ادبية كالحالة النفسية لكل من الزوجين ، ومنها احوال

اجتماعية تتصل بمركز الرجل والمرأة في المجتمع وهكذا .

#### ٤٨ - عامل الحقائق التاريخية :

ويشمل التطورات التاريخية التي مرت بها النظم القانونية المختلفة . هذه الحقائق يستقرها الباحث من التاريخ ، وهي بمثابة مخبر للتجارب في القانون وفي العلوم الاجتماعية . مثل ذلك الملكية ، يقرئنا التاريخ انها مرت بادوار متعاقبة من التطور ، فكانت في القديم ملكية مشتركة ثم ظهرت الملكية الفردية في بعض الحاجيات الشخصية للانسان ، وفشت الملكية الفردية بعد ذلك في غير الحاجيات الشخصية ، واتسع نطاقها حتى شمل الارض والعقار . ومثل آخر الاسرة . بدأت امية ، اي تنسب الى الام ، ثم تطورت ابوية اي تنسب الى الاب وكان للاب [ Paterfamilias ] سلطة الموت والحياة على افراد أسرته واخذ افراد الاسرة يتحررون شيئاً فشيئاً من هذه السلطة ، حتى انتقلنا الى الاسرة الحديثة ، ولا تزال الامرة الحديثة في تطور مستمر .

تطور النظم  
القانونية

مثل ذلك: الملكية

الأسرة

#### ٤٩ - عامل الحقائق العقلية :

ويشمل القواعد التي يستخلصها العقل من الحقائق الواقعية والحقائق التاريخية ، فيصقل العقل هذه الحقائق ويحورها بحيث تصبح متفقة مع الغاية التي وجد من اجلها القانون . وهذه

مقارنتها بالقانون  
الطبيعي

القواعد قليلة العدد عامة التطبيق، وهي مبنية على العقل كما قدمنا .  
فهي اذن اقرب الى ان تكون اسس القانون الطبيعي الذي استعرضنا  
مذاهبه المختلفة . على ان ما يمليه العقل كحقائق ثابتة لا يجوز ان يختلط  
بما يمليه العقل كمثل عليا . مثل ذلك الزواج ، يوحى العقل انه  
يجب ان يكون اقترانا بين رجل وامرأة ، ثابتا مستقرا ، حتى  
تنشأ اسرة مدعمة الاركان ، ولكن عدم تعدد الزوجات وعدم  
جواز الطلاق لا يعتبران من الحقائق العقلية بل من الحقائق  
المثالية وهي الحقائق التي تنتقل اليها الآن .

مثل ذلك : الزواج

#### ٥٠ - عامل الحقائق المثالية :

ويشمل المثل العليا التي يرتسمها الانسان للنموض والقانون في  
مدارج البكمال ، يستلهمها من العاطفة لا من التفكير ، ومن  
الايمان لا من العقل . والمثل العليا تتغير بتغير المدنية والبيئة  
والجيل ، ففي الزواج مثلا قد يكون من المثل العليا عدم تعدد  
الزوجات وعدم جواز الطلاق كما قدمنا . وفي اثبات النسب قد  
يكون من المثل العليا تفسير اثبات النسب الشرعي من طريق  
افتراضات قانونية مع تقييد حق الأب في انكار ابوته ،  
وقد يكون الأولى تفسير اثبات النسب الطبيعي والاعتراف  
بالاسرة الطبيعية . ومن اثر الحقائق المثالية ان القانون يتطور في

العاطفة والايمان  
لا التفكير والعقل

نسبية المثل العليا :  
الزواج النسب

تطور القانون في  
ظل المثل العليا



ظالمها . فلا يبقى جامدا ، حتى لو قامت الحقائق الواقعية والحقائق التاريخية والحقائق العقلية في جانب جمود القانون . كما تم الامر فيما يتعلق بالغاء الرق وبايجاد مسئولية تبنى على مبدأ تحمل التبعة .

#### ٥١ - ملاحظتنا :

وقبل أن نفرغ من عنصر العلم في القانون نبسط ملاحظتين :  
الملاحظة الاولى أن هذه العوامل المختلفة من حقائق واقعية الى حقائق تاريخية الى حقائق عقلية الى حقائق مثالية قد أخذت من كل مذهب من المذاهب التي سبق استعراضها بقدر ما فيه من حق . فالحقائق الواقعية هي مذهب التضامن الاجتماعي . والحقائق التاريخية هي مذهب التطور التاريخي . والحقائق العقلية هي مذهب القانون الطبيعي . والحقائق المثالية هي مذهب الغاية الاجتماعية .

عنصر العلم يتضمن  
قسما من كل مذهب  
من المذاهب المتقدمة

الملاحظة الثانية ان القاعدة القانونية ، وهي لا تزال في دائرة الحقائق الواقعية والحقائق التاريخية تكون واقعا . ثم تنقلب من الواقع الى الواجب اذا انتقلت الى دائرة الحقائق العقلية والحقائق المثالية . وسنراها الآن ، اذا ما انتقلت من العلم الى الصياغة . تنقلب من الواجب الى المطبق .

انتقال القاعدة  
القانونية من الواقع  
الى الواجب الى المطبق

## ٢ - الصياغة .

٥٢ - نوعان في الصياغة :

قدمنا ان الصياغة هي القالب الذي تصاغ فيه القواعد المستمدة من العنصر العلمي ، حتى تصبح قابلة للتطبيق العلمي . وهي العنصر الهام في القانون ، وبها يتميز رجل القانون عن غيره .

ويميز چني بين نوعين من الصياغة : صياغة مادية (Procèdes matériels) وصياغة معنوية (Procèdes intellectuels)

الصياغة المادية  
والصياغة المعنوية

## ١ - طرق الصياغة المادية

٥٣ - امثلة على الصياغة المادية :

ويمثل چني لطرق الصياغة المادية بأمثلة تختار منها ثلاثة :

الكم والشكل  
والتقسيم

(١) الكم مكان الكيف [ Quantification en place de qualification ]

(٢) الشكل [ Forme ] (٣) التقسيم [ Classification ] . ونقول

كلمة موجزة عن كل منها

٥٤ - الكم مكان الكيف :

ومعنى ذلك ، ان القانون يعدل عن وصف الشيء بكيفه الى تقديره بكمه . وبدلاً من ان يصف الشيء وصفاً يدع مجالاً عند تطبيقه الى اختلاف الآراء ، يحدده تحديداً عددياً يقف عند رقم معين

لا يكون بعده قابلا للاختلاف في التطبيق . وهذه هي الصبغة  
القانونية المادية التي ترمي الى استقرار التعامل حتى تكون القاعدة  
صالحة للتطبيق العلمي . مثل ذلك التقادم والغبن والربا الفاحش .  
ففي التقادم المطلوب صياغة المعنى الآتي كل من وضع يده على عين  
مدة طويلة الى حد ان يتولد عند الناس الاعتقاد بأنه مالك للعين

أمثلة :

التقادم

يملك العين بالفعل . فيصاغ هذا الوصف ، فينقلب من  
كيف الى كم ، وتصبح القاعدة القانونية بعد صياغتها كما يأتي :

الغبن

كل من وضع يده على عين مدة خمسة عشر سنة باعتبار أنه  
مالك لها يصبح مالكا بالفعل ، وكذلك في الغبن يحدد قدر الغبن  
الفاحش بأنه الذي يزيد على خمس قيمة الشيء ، فيحل التحديد  
العددي محل التحديد الوصفي . وكذلك الربا الفاحش يقدر  
الفحش فيه بما يزيد على ٩/١٠ .

الربا الفاحش

### ٥٥ - الشكل

والشكل طريقة اخرى من طرق الصياغة المادية . فهناك  
معان يصوغ لها القانون اشكالا واوضاعا ورسوما ، حتى تصبح  
محدودة في الذهن ، مستقرة في التعامل . مثل ذلك بعض العقود  
الخطيرة التي يرى القانون التنبيه على خطورتها حتى لا يعدم

التحديد من طريق  
الاشكال والاضاع

أمثلة:  
تكوين العقود  
الشكلية

اثبات العقود

اعلان التصرفات  
العقارية

اجراءات المرافعات

عليها المتعاقد الا وهو مثبت مما يقدم عليه ، كالهبة والرهن والتأمين فمضى الخطورة هذا يصاغ اشكالا تشترط مراعاتها حتى يتم عقد الهبة أو عقد الرهن ، ولا بد لتكوين هذين العقدين من كتابة رسمية بيد موظف مختص ، يدونها طبقا لاصحاح معينة . كذلك عند ما يشترط القانون الاثبات الكتابي فيما تزيد قيمته على مبلغ معين ، يكون قد لجأ ايضا الى الشكل ، وهو هنا الكتابة ، في اثبات العقد لا انعقاده . وقل مثل ذلك في اعلان التصرفات العقارية عند ما يوجب القانون تسجيلها أو قيدها ، وفي اجراءات المرافعات ، عند ما يشترط القانون اعلانات مكتوبة في مواعيد معينة واجراءات تتخذ في اوضاع محدودة

## ٥٦ - التقسيم

ترتيب المعاني  
ترتيا منطقيا

مثل ذلك :  
تقسيم العقود

ويلجأ القانون الى هذه الطريقة في الصياغة المادية عند ما نردحم المعاني ، ويدفع بعضها بعضها . فحتى ترتب هذه المعاني ، وتبين الصلة المنطقية ما بينها ، يعتمد القانون الى التقسيم . مثل ذلك العقد ، وهو تقابل ارادتين تقابلا يظهر اثره في العقود عليه ، يضم تحت هذا التعريف عقودا شتى مختلفة الأنواع متباينة الاثر . فاذا عمدنا الى الصياغة من طريق التقسيم امكن



ان تقول ان العقد اما ان يقع على ملكية الشيء او على منفعته ،  
وهو اما ان يكون معاوضة او تبرعا . فاذا وقع على ملكية الشيء  
معاوضة فهو بيع ، وان تبرعا فهو هبة ، واذا وقع على منفعة الشيء  
معاوضة فهو اجارة ، وان تبرعا فهو عارية .

## ب . طرق الصياغة المعنوية

### ٥٧ - أمثلة على الصياغة المعنوية

ويمثل جني للصياغة المعنوية بأمثلة نختار منها ثلاثة كذلك :

الافاضة الفرضية  
والصورية والتمويرية

- (١) الافاضة الفرضية (Presumptions) (٢) الافاضة الصورية  
(Fictions) (٣) الافاضة التتمويرية (Constructions)

### ٥٨ - الافاضة الفرضية:

ويلجأ اليها المشرع عند ما يتكرر حدوث شيء ويغلب وقوعه  
فيفرض القانون ان هذا الشيء واقع ، أخذا بالاعجاب ، واطراراً  
للتعامل . مثل ذلك القاعدة المعروفة التي تقضى بان الحياة في  
المنقول سند الملكية، لجأ في وضعها المشرع الى الصياغة المعنوية،  
اذ فرض ان كل حائر لمنقول بحسن نية مالك لهذا المنقول، وهذا  
في الغالب يتفق مع الواقع . اما في القليل النادر عندما يكون حائر  
المنقول غير مالك، فالتقانون يفرضه مالكاً حتى يحسم بذلك النزاع

الاتفاق من المرجح  
الى المؤكد من طريق  
الفرض

امثلة :  
الحياة في المنقول  
سند الملكية

عند التعامل في المنقول، ويضمن كل انسان انتقال الى يده منقول وهو حسن النية الى انه اصبح مالكا لهذا المنقول . مثل آخر مسؤولية السيد عن خادمه ، فرض القانون فيها ان السيد مقصر في اختيار خادمه او في الرقابة عليه ، لذلك يصبح السيد مسئولاً عن خطأ خادمه .

مسؤولية السيد  
عن خادمه

#### ٥٩ - الأوضاع الضرورية :

وصف الشيء  
بوصف منافي  
لحقيقته

ويلجأ اليها المشرع عندما يريد ان يالحق في الحكم شيئاً بشيء آخر منافي له . مثل العقار بالتخصيص [Immeuble par destination]

والمنقول بحسب المال [ Meuble par anticipation ] فالعقار

بالتخصيص ، كاللواشي والآلات الزراعية الملحقة بالمزرعة ،

منقول حقيقة ، ولكن القانون يعكس هذا الوصف ويجعلها

عقاراً حكماً ، او عقاراً بالتخصيص ، حتى يلحقها في الحكم بالمزرعة

التي خصصت لخدمتها حتى لا يحجز عليها منفصلة عن المزرعة .

والمنقول بحسب المال ، كالاتقاضي تباع والدار لا تزال قائمة ،

عقار حقيقة اذ الدار لا تزال قائمة ، ولكن القانون يعكس هذا

الوصف ، ويجعلها منقولا حكماً ، او منقولا بحسب المال ، اذ مالها

الهدم فتصبح اتقاضي ، حتى يعطيا حكم المنقول من حيث البيع

امثلة:  
العقار بالتخصيص  
المنقول بحسب المال

والرهن والحجز . فالمقار بالتخصيص اذن ليس عقارا الا من طريق وضع صوري كذلك .

#### ٦٠ - الاوضاع التصويرية :

ويلجأ اليها المشرع عندما يريد ان يمد حكم شيء معروف الى شيء غير معروف ، وليس الشيطان متناقضين كما في الاوضاع الصورية . مثل ذلك ان يصوغ القانون الملكية الادبية والفنية والصناعية على غرار الملكية المادية ، وان يصوغ الشخصية المعنوية على غرار الشخصية الطبيعية .

مدحكم شيء معروف الى شيء غير معروف

مثل ذلك :  
الملكية الادبية  
الفنية والصناعية  
الشخصية المعنوية

# الباب الثاني

## مصادر القانون

٦١ - تعريف « مصدر القانون » :

مصدر القانون هو الطريق الذي تؤخذ منه قواعده واحكامه.

٦٢ - المصدر الرسمي والمصدر التفسيري :

ومصادر القانون أنواع مختلفة ، نقف منها عند نوعين : المصدر

الرسمي والمصدر التفسيري .

فالمصدر الرسمي هو السلطة التي تعطي القواعد القانونية قوتها الملزمة . ولكل قانون مصدر رسمي أو مصادر رسمية متعددة ، فالشريعة الإسلامية مصدرها الرسمي الدين والفقه ، والقانون الأنجليزي مصدره الرسمي القضاء والتشريع ، والقانون المصري مصدره الرسمي التشريع والدين والعادة والقانون الطبيعي ومن ذلك نرى ان المصادر الرسمية للقانون هي العادة والدين والقانون الطبيعي والتشريع والفقه والقضاء .

والمصدر التفسيري هو المرجع الذي يحلو غامض القانون ، ويوضح مبهمة . وهناك مصدران لتفسير القانون ، الفقه والقضاء .



فالفقه والقضاء اذن مصدران رسميان ، ومصدران تفسيريان .  
ونتولى الآن بحث مصادر القانون على الترتيب الآتي : العادة  
والعرف ، ثم الدين ، ثم القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، ثم  
التشريع والقضاء .

### الفصل الاول

#### العادة والعرف

٦٣ - كيف تنشأ العادة - عنصراها المادي والنفسى :  
لا يعيش الانسان الا في المجتمع ومن ثم لا محيض من أن تنشأ  
الروابط الاجتماعية ، ولا بد من تنظيم هذه الروابط .  
وفي مجتمع فطري لم يجتز الا المراحل الاولى من المدنية ، مرحلة  
الصيد ومرحلة البداوة ، لا توجد هيئة تشريعية محددة لتنظيم  
الروابط الاجتماعية . فتقوم العادة لتنظيم هذه الروابط . وهي  
تتضمن على عنصرين : (العنصر الاول) هو العنصر المادي ، وهو  
وهو ما يخططه الانسان لنفسه من قواعد لتنظيم روابطه  
الاجتماعية . وهذه القواعد لا يمكن تحديد منشأها بالدقة ولا  
كيف نشأت . وكل ما يمكن ان يقال ان الانسان يستوحى في  
ذلك الظروف التي تحيط به ، وعقله الذي يقدر هذه الظروف ،  
وغريزته التي يستمد منها الالهام . (العنصر الثاني) . هو العنصر

العنصر المادي

العنصر النفسي :

النفسي، ويتكوّن من عاملين. العامل الأول هو الميل إلى المألوف،  
 وإيثاره على غير المعروف، فالناس لا يحبون أن ينحرفوا عن شيء  
 يعرفونه إلى شيء يجهلونه، وبالطريق التي يشقها الشخص هي  
 الطريق التي يعود إليها. والعامل الثاني غريزة حب التقليد،  
 فالناس مطبوعون على تقليد من يستهدونه في أمورهم، ثم على  
 تقليد آبائهم وأجدادهم. وهكذا تطرد العادة وتستقر، حتى  
 تصبح ثابتة، ويرسخ أثرها في النفوس. هذا إلى صبغة دينية  
 قد تصطبغ بها العادة، فتجوزها بشيء من الهيبة والتقديس :

العنصر النفسي

الميل إلى المألوف

حب التقليد

#### ٦٤ - متى تصبح العادة قانوناً :

متى توافر للعادة عنصرها المادي والنفسي، اضطرد اتباعها،  
 وصار الناس يألّفونها، حتى يصبحوا وقد رأوها لازمة لهم في  
 تنظيم علاقاتهم الاجتماعية، وحتى يصبحوا وقد رأوا الخروج  
 عنها شذوذاً يستحق الإنكار، ثم يستوجب الجزاء، وبذلك  
 تصبح العادة قانوناً

لوحق تصبغ العادة قانوناً يجب أن تتوافر فيها الشروط الآتية :

(١) أن تكون عامة، فلا تخص بمكان معين أو لا يشخص معين.  
 وليكن يجوز أن تخص بمكان معين، فتكون عامة، أو

الشروط الواجب  
 توافرها :  
 عامة

قديمة

ثابتة

غير مخالفة للقانون  
او النظام العام

ملزمة

سبب اعتبار العادة  
قانوناً :ارادة المجتمع  
استمرار التعامل

بطائفة من الناس ، فتكون عرفاً خاصاً بهذه الطائفة . ( ٢ ) وأن  
تكون قديمة ، فيتواتر الجرى عليها منذ العهد القديمة . ( ٣ ) وأن  
تكون ثابتة ، فيضطرد اتباعها بطريقة منمطة ، غير متغيرة ولا  
منقطعة ، ( ٤ ) وأن تكون غير مخالفة للقانون ولا للأداب ولا  
للنظام العام ، فإذا اصطدمت العادة مع نص تشريعي فالنص  
التشريعي ينسخ العادة . وإذا كانت العادة مخالفة للأداب أو  
للنظام العام ، ( كما في الموت المدني الذي يصحب الرهينة في المسيحية )  
فإنه مخالف للنظام العام ، فإنها لا تكون قانوناً . ( ٥ ) وأن تكون  
ملزمة . فهناك عرف تجري عليه الناس ، على ألا يكون ملزماً لهم  
في تعاملهم ، فمثل هذا العرف لا يكون قانوناً . مثل ذلك ما  
اصطلحت عليه الناس من التهادي والتعازي في مناسبات معينة ،  
كالاعياد والاقراح والمآتم ونحوها ، وما جرى عليه الجنان من  
اعمال التسامح فيما بينهم .

فإذا توافرت هذه الشروط فلعادة تعتبر قانوناً لسببين : ( أولاً )  
لأنها تكون اذ ذاك تعبيراً صحيحاً عن ارادة المجتمع . ( ثانياً )  
لأن التعامل يكون قد استقر على اتباعها ، فوجبت مراعاتها  
حفظاً لاستقرار المعاملات .

ولكن هل العادة قانون لأن المحاكم تطبقها ، أو أن المحاكم تطبقها

هل المادة قانون بعد  
التطبيق او قبله :  
مدرسة اوسن  
مدرسة التطور  
التاريخي

لا أنها قانون ؟ يقول بالرأي الاول مدرسة اوسن، فهي لا تعطي  
المادة صفة القانون الا اذا طبقها المحاكم ومن وقت ذلك التطبيق  
ويقول بالرأي الثاني مدرسة التطور التاريخي فعندها أن المادة  
قانون قبل أن تطبقها المحاكم ، وما التطبيق الا مقرر لصفتها  
القانونية . وظهر لهذه الصفة . ولعل الرجوع الى طبيعة الروابط  
الاجتماعية يحدو الى تفضيل الرأي الاخير ، على أن الفرق العملي  
بين الرأيين ليس بالكبير .

٦٥ - مصدر المادة بعد تفرم الحديثة :

وهكذا تبقى العادات تنظم الروابط الاجتماعية ، ويكون لها  
الحل الأول ، بل يكاد يكون لها الحل الوحيد ، في أمة لا تزال  
في فجر مدنيها ، حتى اذا تقدمت المدنية ، وتعمدت الروابط  
الاجتماعية ، وتشعبت العادات ، رأي المجتمع حاجته في أمرين :  
( أولاً ) في ضبط هذه العادات وتحديد بعضها بمد التشيت والتشعب ،  
وكثيراً ما يقع أن يكتب وتجمع ، كما نرى ذلك في القانون الفوندي  
القديم ، ومع ذلك تبقى قانوناً « غير مكتوب » لأن القانون  
« المكتوب » ينشأ من أول الأمر مكتوباً كالقانون الذي  
يكون مصدره التشريع . ( ثانياً ) في إيجاد مصدر رسمي آخر  
للقانون ، يكمل ما تقتصر العادات دونه ، ويوفي بحاجات المدنية

ضبط العادات  
وتسجيلها

مصدر رسمي آخر  
للقانون



الناشئة المتجددة ، ويهذب من العادات القديمة بما يجعلها تنمى مع روح التطور . فلا بد إذن من اصلاح اجتماعي ، قد يقوم به نبي من طريق الدين ، وقد يقوم به مصلح من طريق العقل ، وقد يقوم به سلطان من طريق التشريع . وهكذا يوجد الى جنب العادة ، يكملها ويهذب قديمها وينسخ فاسدها ، مصدر رسمي آخر للقانون ، هو الدين او القانون الطبيعي او التشريع ، أو هذه كلها أو بعضها . على أن هذا التطور بالأمر اليسير ، فهي حوب شعواء يقيمها الجديد على القديم ، ولا يزال يتاوره حتى يظفر به ، فيحطو المدنية خطوة إلى الامام . وفي هذه الحرب تتنازع الفرقتان الشرقيتان : نزعة المحافظة على القديم بعاملها كالتقليد والحرص على الآلوف ، وهذا هو الاستقرار والثبات ، ونزعة تحب البقاء ، وتجارية الزمن ، وهذا هو التطور والتجديد . كما

تطور المادة من  
مصدر رسمي الى  
مصدر تاريخي

بعض نواحي تمت تلك من المادة لها الشأن بالاول في مدينة قطرية ، فإذا تقدمت المدنية فنل شأن العادة ، وهي إذا بقيت مصدر رسمي للمبادئ فإنها تبقى كذلك في تحولات صلبة ، وتبقى فيما ترحلت عنه الى مصدر تاريخي . وهكذا تقدم المدنية ، فيضعف شأن المادة كمصدر رسمي ، وتوسع دائرتها كمصدر تاريخي . ويحل محل المادة في مدينة متقدمة ( اجتازت مرحلة



الصيد والبداوة الى مراحل الزراعة والتجارة والصناعة ( الدين  
والقانون الطبيعي والتشريع ..

٦٦ — تطبق ما تقدم على النحرائع القريبة :

الشرعة الرومانية

كان ما قدمناه هو شأن الشرعة الرومانية . فقد بدأت مجموعة  
من العادات تنظم الروابط الاجتماعية ، حتى اذا تقدمت المدنية  
الرومانية ، وتوافر للشعب الروماني تنظيم هيئة تشريعية ، كتبت  
هذه العادات وجمعت في الألواح الاثني عشر المشهورة . وقام  
التشريع الى جانب العادات مصدراً وسمياً للقانون . وكان القضاء  
والفقه كذلك مضميرين زسمين في المبكان الاولين من الالهية في  
تشريع القانون الروماني وتطور من

الشرعة الاسلامية

بينه وكان ذلك أيضاً شأن الشرعة الاسلامية ، فقد كانت الامة  
والعربية في البداوة في عصر الجاهلية من ناحية ، ولطالبت وقد  
اضططعت بعظم هذه العادات بصيغة الدين الواسع ، وكانت العرب  
قبائل متفرقة ، تعيش في عهد البداوة ، لا يجمعها سلطان واحد .  
وبقي الامر كذلك حتى هيات الظروف طريق الوحدة العربية  
ومهدته بظهور الرسالة المحمدية ، وبعث النبي ﷺ رسولا ،  
فانتقص من سلطان العادات ، وقام الدين مصدراً وسمياً للتشريع .  
على أن العرف بقي مصدراً للقانون في الشرعة الاسلامية ، فقد

كان الاجتماع في أول عصره عرف أهل المدينة ، ثم تطور بعد ذلك فأصبح اجماع المجتهدين في كل عصر . ولا يزال من المبادئ المقررة في الشريعة الإسلامية أن العادة محكمة ، ولهذا المبدأ تطبيقات كثيرة معروفة (١)

الشريعة الانجليزية

وقد بدأت الشريعة الانجليزية كالشريعة الرومانية عادات متأصلة في القبائل الانجلوسكسونية ، وهي القبائل التي كانت تسكن الجزيرة الانجليزية من قديم . ثم اقرن في القرن الحادي عشر عادات القبائل للنورماندية التي فتحت الجزيرة الانجليزية في ذلك الحين . ولما تطورت المدينة الانجليزية وتقدمت ، واصل المجتمع في حاجة الى مصدر رسمي آخر للقانون ، فام خصاء المحاكم ، وصارت القرارات تصدرها الاحكام القضائية ، وتطبقها تطبيقاً مستقيماً ، وتكرز الاحكام قسراً كالمبادئ القانونية بتكررها ، الى ان صار القضاء هو المصدر الرسمي للقانون في الشريعة الانجليزية

(١) جاء في مجلة الاحكام المدنية نقلاً عن كثير من الكتب العامة مصدر القانون . ومن

هذه النصوص :

٣٦ : العادة محكمة . يعني ان العادة عامة كانت أو خاصة تجعل حكمها لاثبات

حكم شرعي .

٤١ : انما تعتبر العادة اذا اضطرت او غلبت .

٤٣ : المعروف عرفاً كالمشروط بشرط .

٤٤ : المعروف بين التجار كالمشروط بينهم .

٤٥ : التمين بالعرف كالتمين بالنص .

وقام مقام العادات . ثم قام التشريع مصدراً آخر ، حتى صار هو والقضاء في الوقت الحاضر المصدرين الرسميين الرئيسيين في الشريعة الانجليزية .

وبدأ القانون الفرنسي القديم عادات تنظم الروابط الاجتماعية ، وامتزج القانون الروماني بهذه العادات بعد الفتح الروماني . ثم دخل قانون الكنيسة . وبقيت قوانين العادات تنمو وتطور مع الزمن ، حتى انقسمت فرنسا الى قسمين ، القسم الشمالي يطبق العادات ، والقسم الجنوبي يطبق القانون الروماني . ولما قويت الملكية في فرنسا وتركزت ، جمعت العادات ، وقام الى جانبها التشريع كمصدر رسمي للقانون الفرنسي ، وما زال التشريع يقوى حتى وصل الى اوجها في عهد الثقيينات المرفوقة بتقنيات نابليون ، اذ سيطر المشرع نهائياً على القانون ، وصار التشريع هو المصدر الرسمي الرئيسي في القانون الفرنسي الحديث .

## الفصل الثاني

الدين

٦٧ — ما هو الدين ؟

الدين : ونحي ينزل من عند الله على نبي من انبيائه ، لا يشاهد التمس في معاشتهم وفي معادهم ، فهو يشمل واجب الانسان نحو

الدين بمعنى خاص

الله، وواجبه نحو نفسه، وواجبه نحو الناس :

والدين بعبارة أعم هو كل ما يستمد من وحي النبوة غير المنظورة وينسب إليها . فيوجد عدا الأديان المنزلة التي اعترف بها الإسلام أديان أخرى كالبودية والبراهمية وغيرها .

الدين بمعنى عام

ولا يعني الزوابط الاجتماعية — وهي وحدها موضح القانون — من الدين إلا ما كان راجعاً إلى واجب الإنسان نحو غيره . أما واجبه نحو الله، وواجبه نحو نفسه ، فهذه خاصة بالدين ولا يشترك القانون معه فيها .

الدين والروابط الاجتماعية

ومن الأديان ما يتوسع في تناول واجب الإنسان نحو غيره توسعاً في تناول واجبه نحو الله وواجبه نحو نفسه ، كالدين الاجتماعي والدين اليهودي ، وهذه تكون مصدراً خصباً للقانون . ومنها ما يمتد في بالواجب نحو الله والواجب نحو النفس ، ولا يلزم بالواجب نحو الغير إلا بالملك يسيراً ، كالدين المسيحي ، وهذه تكون أيضاً مصدراً للقانون في حدود ضيقة .

٦٨ - متى يكون الدين مصدراً رسمياً للقانون

والدين يكون مصدراً رسمياً للقانون إذا عرض لتنظيم الروابط الاجتماعية كما قدمنا . فكل ما يبلغه صاحب الدين للناس من قواعد لتنظيم هذه الروابط ، على أنها من الله ، تجب لها

تفاوت الأديان في تناول الروابط الاجتماعية



الطاعة، ويؤخذ الناس بها موضع جزاء دينوي لها، يكون قواعد قانونية مصدورها الرسمي هو الدين.

ويأتي الدين بعد العادات مصدراً رسمياً للقانون، ينسخ من العادات قاسدها، ويقبض صالحها، ويبرز القديم هذا غنياً، ويهدم ما تدعى منه، ويسير بالإنسانية خطوات إلى الامام. فهو في مبدأه يمثل التطور والحركة، إلى جانب استقرار العادات وسكونها. ثم تستقر الحركة ويقف التطور، وينضب ذلك المدين الخصب الذي كان يغذي الدين، فيصبح الدين عاملاً من عوامل الاستقرار لا من عوامل التطور، حتى إذا أتى المجددوت في الدين، ونفخوا فيه روح التبديد، رجع إليه النشاط والحركة، ثم يعود إلى الجمود. وهكذا يبقى الدين يتنازع الاستقرار والتطور.

٦٩ - أثر الدين في القوانين العربية.

حظ الدين ضئيل في القوانين العربية

انتشار القانون الروماني

وحظ الدين من الأثر في القوانين العربية ضئيل. وذلك يرجع لسببين: (السبب الأول) أن القبطون الروماني كان قد اقتسروا في البلاد العربية قبل انتشار المسيحية واستقر فيها، وهو قبطون ممن أرق القوانين التي عرّفها إليهم فلم تستطع المسيحية أن تقتلع هذه الشريعة القديمة: (السبب الثاني) أن



الدين المسيحي لم يعرض لأمور الدنيا إلا في كثير من المقصد ،  
فقد كان لليهود شريعة قديمة منزلة . ولو أن السيد المسيح أرسل  
إلى قوم غير اليهود ، وبعث في عهد من عهود البداوة ، لكان من  
المحتمل أن تكون رسالته قد تطورت ، فأتى بقانون إلى جانب  
الدين .

عدم تعرض الدين  
المسيحي لأمور الدنيا

على أنه إذا كانت القوانين الفرعية لم تتأثر بالدين المسيحي ،  
فقد تأثرت بقانون الكنيسة . وهنا يجب التمييز بين الدين  
المسيحي وقانون الكنيسة . فكل ما جاء عن السيد المسيح  
ونسب إليه هو الدين المسيحي وقد رأينا السيد المسيح يعطي  
ما لله وما لقيصر لقيصر ، ولذلك كانت القواعد القانونية التي  
أتى بها لتنظيم الروابط الاجتماعية قليلة نادرة . أما قانون  
الكنيسة المسيحية فمصدره تشريع الكنيسة وفقه رجال  
الدين . وقد تأثر كل من التشريع والفقهاء بروح الدين المسيحي  
وبالقانون الروماني . وتناول قانون الكنيسة مسائل مختلفة أهمها  
الزواج والطلاق والنسب والميراث والوصية والعقود . فوضعت  
لها قواعد خضعت لها البلاد النورية والبلاد الشرقية المسيحية  
في القرون الوسطى عهوداً طويلة . ثم سميت البلاد الغربية إلى  
التحرر منها وبدأت في سحبها حتى فصلت الكنيسة عن الدولة .

قانون الكنيسة

الا ان الدين بقى مصدرا تاريخيا للقوانين المتعلقة بالزواج بنوع خاص . اما البلاد الشرقية المسيحية فلا تزال قوانينها في مسائل الاحوال الشخصية مصدرها قانون الكنيسة .

#### ٧٠ — اثر الدين في القوانين الشرقية

والامر غير ذلك في القوانين الشرقية . فالدين كمصدر رسمي لهذه القوانين له حظ كبير . ويرجع ذلك الى سيدين مقابلين للسيد المدين اوردهما لتليل ما للمسيحية من اثر ضئيل في القوانين الغربية ( اولا ) لم ينتشر في الشرق قانون كالتقانون الروماني . ويستقر فيه . حتى يستعصي على الدين اقنلاءه . ( ثانيا ) عرضت الاديان التي انتشرت في البلاد الشرقية ، واهما الاسلام واليهودية ، لامور الدنيا بالقدر الذي عرضت به لامور الآخرة ، فاشتملت على دين وقانون .

حظ الدين كبير في القوانين الغربية :  
عدم وجود ما يماثل القانون الروماني في الشرق

الاسلام واليهودية  
عرضا لشؤون الدنيا

اليهودية والاسلام

لذلك كان الدين في الشرق مصدرا خصباً تستمد منه القواعد القانونية . ففي اليهودية نرى كثيرا من القواعد تنظم روابط الاسرة والروابط المالية . اما الاسلام فهو دين ودولة . واذا كانت مصادر الشريعة الاسلامية اربعة : الكتاب والسنة والاجماع والقياس . فانه يمكن رد هذه المصادر الى مصدرين اثنين ( ويشمل الكتاب والسنة ) والفقهاء ( ويشمل الاجماع

والقياس). فإذا اقتصرنا على الدين، رأينا الكتاب والسنة وقد عرضا لتنظيم الروابط الاجتماعية في افاضة وانسهاب، ففيها الشيء الكثير عن الزواج والطلاق والنسب والميراث والوصية والتجارة والبيع والعقود والحدود وغير ذلك من روابط الأسرة وروابط المال والقوانين الجنائية وغيرها، فكل قاعدة قانونية تؤخذ مباشرة من الكتاب أو السنة يكون مصدرها الرسمي هو الدين.

على أن الفقه الإسلامي قد بلغ من تقدمه أن ميز فقهاء الشريعة الإسلامية في القواعد التي اشتهدت من الدين، بين ما هو ملزم قضاء وما هو ملزم ديانة ولا يدخل تحت حكم القضاء، أي بين القواعد القانونية والقواعد الدينية. فهناك قواعد دينية غير ملزمة قضاء، كترك البيع عند صلاة الجمعة وكثافة الوعد بالعقد. وهناك قواعد قانونية غير ملزمة ديانة كعدم جواز سماع الدعوى بعد مدة معينة أو لما تمع من.

التمييز بين ما هو ملزم قضاء وما هو ملزم ديانة في الفقه الإسلامي

#### ٧١ - مستقبل الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون

ومستقبل الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون يتوقف على امرين: (أولاً) تعاون فقهاء الشريعة مع رجال القانون على النهوض بالشريعة الإسلامية نهضة تعيد إليها جديتها، حتى تبارك أحكامها ما استجبت من الحاجات وما استحدثته المدنية من

فتح باب الاجتهاد

أخذ المشرع من  
الفقه الاسلامي

امور لم تكن معروفة من قبل : ( ثانيا ) ما تشتمل عليه هذه النهضة العلمية من توجيه المشرع توجيهها يدفعه لارجوع الى الشريعة الاسلامية ، ليستقي من احكامها ما يعد متمشيا مع احداث المبادئ القانونية وارقاها ، وفي الشريعة الاسلامية الكثير من ذلك .

الاجماع هو الكفيل  
بتجديد الشريعة  
الاسلامية

وعندنا ان الاجماع هو المصدر الخصب الذي يكفل تجديد الشريعة الاسلامية على مر الاجيال ، فاذا تتبعنا تاريخ تطوره ، وقسنا مستقبله على ماضيه ، كان لنا ان نشوق ان يكون الاجماع هو الباب الذي يدخل منه التشريع ليكون مقصدرا رسميا للشريعة الاسلامية .

## الفصل الثالث

### قواعد المبادئ والقانون الطبيعي

القانون الطبيعي  
الثابت

٧٢ - ظهر فكر القانون الطبيعي في الاذهان المتعاقبة . رأينا فيما قدمناه ان فكرة القانون الطبيعي كانت تظهر في كل زمن ، بل كانت بصيغة او باخرى . فكان القانون الطبيعي عنده اليونان فلسفة ، وعند الرومان قانونا ، وفي القرون الوسطى ديننا ، وفي العصور الحديثة سياسة .

ورأينا كذلك ان فكرة القانون الطبيعي الثابت الذي لا يتغير  
لا في الزمان ولا في المكان قد فقدت قيمتها كفكرة علمية  
صحيحة ، وحل محلها فكرة القانون الطبيعي ذي الحدود المتغيرة ،  
وقد انتصر لهذه الفكرة الأخيرة كثير من الفقهاء في العصر  
الحاضر .

القانون الطبيعي ذو  
الحدود المتغيرة

ففكرة القانون الطبيعي اذن ، بشكل او بآخر ، كانت ولا  
تزال موجودة في كل المصور ، لم يخل منها عصر ، حتى وقتنا هذا .

٧٣ - أثر القانون الطبيعي وقواعد العدالة في القوانين القديمة

وقد تأثر القانون الروماني بقواعد العدالة والقانون الطبيعي  
تأثرا كبيرا . فتكون قانون بني على هذه القواعد ، وكونه الفضاة  
الرومانيون ، الى جانب القانون المدني العتيق . فوجد القانونان  
المدني والبريطوري جنبا الى جنب ، ثم امتزجا ، احدهما بالآخر ،  
على النحو المعروف في تاريخ القانون الروماني .

القانون الروماني

وتأثير الشريعة الإسلامية كذلك بقواعد للعدالة من طريق  
الآخه بالرأي . وسنرى كيف ان الفقه الاسلامي انقسم الى  
مدرستين ، مدرسة اهل الرأي وعلى رأسها ابو حنيفة ، ومدرسة  
اهل الحديث وعلى رأسها مالك . وكان للرأي اثر كبير في تكوين  
الفقه الاسلامي .

الشريعة الإسلامية



ونأثرت الشريعة الانجليزية اخيرا بقواعد العدالة . وسنرى  
كيف انشيء ديوان المستشار ترفع اليه الظلمات من جمود  
القانون الانجليزي العتيق وضيقة ، فيطبق المستشار قواعد  
العدالة ، وكيف تكون الى جانب القانون القديم قانون جديد  
يقوم على مبادئ العدالة ، ثم اختلط القانونان احدهما بالآخر .

٧٤ - أثر القانون الطبيعي وقواعد العدالة في القوانين الحديثة  
والقوانين الحديثة كالقديمة تتأثر الى حد كبير بقواعد العدالة  
ومبادئ القانون الطبيعي . وفي القانون المصري نصوص تفضي  
بأنه عند سكوت القانون او ابهامه او تقصمه فعل القاضي انفس  
يرجع الى قواعد العدالة والقانون الطبيعي . ويقضي القانون  
السريسي وغيره من القوانين الغربية بمثل ذلك .

#### ٧٥ - تطبيقات مختلفة

وقد طبقت المحاكم المصرية قواعد العدالة ومبادئ القانون  
الطبيعي في حالات مختلفة نذكر منها الملكية الادنية والفنية  
والصناعية ونظرية التعسف في استعمال الحق ونظرية تحمل  
التبعة ونظرية الظروف الطارئة .

#### ٧٦ - الملكية الادنية والفنية والصناعية

قضاء المحاكم

لا يوجد حتى الان في القانون المصري نصوص تنظم هذا

النوع من الملكية على أهميته . وقد اشارت . بعض نصوص  
القانون المدني والقانون الجنائي الى وجود ملكية ادبية وفنية  
وصناعية ، ولكنها اشارت في الوقت ذاته الى قانون يصدر  
لتنظيم هذه الملكية ، وهذا القانون لما يصدر . لذلك تلتجئ  
المحاكم المختلطة والمحاكم الاهلية الى القانون الطبيعي وقواعد  
العدالة لحماية المؤلف والفنان وصاحب الملكية الصناعية ، فتقضي  
بتعويض على كل من يتعمد على حرمة هذه الملكية .

وهناك مشروع اعدته الحكومة المصرية لحماية الملكية الادبية  
ولكنها متروكة في انقاده ، اذ تخشى ان تضع قيودا مرهقة على  
الحركة الادبية الناشئة من طريق حماية المؤلفات الاجنبية .

مشروع قانون

#### ٧٧ - نظرية التعسف في استعمال الحق

اصبحت هذه النظرية مستقرة في القضاء المصري استقراؤها  
في القضاء الفرنسي . والجديد في هذه النظرية انها تجعل من  
يقتصر على استعمال حقه ، ولكنه يتعسف في هذا الاستعمال ،  
مبدئيا عاصيا به الغير من الضرر . وقيد كافي بخضوم النظرية  
ياخذون عليها انها ترتب مسؤولية على شخص . فقد اقتصر على  
استعمال حقه ، ولم يجاوز حدود هذا الحق . فأتت النظرية تقرر  
ان المحقوق ليست مطلقة ، بل مقيدة بالعرض الاجتماعي الذي

بسط النظرية

وجدت من أجله . فإذا استعمل صاحب الحق حقه في غير هذا الغرض ، وأضر بالغير ، وجب تعويض هذا الضرر . وليس تقييد الحقوق بما رسم لها من أغراض اجتماعية الا تطبيقاً لمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة .

ومن الامثلة على التعسف في استعمال الحق تعسف المالك في استعمال حق ملكيته كمن يبني جداراً عالياً يحجب الضوء والهواء عن جاره دون أن تكون له فائدة من ذلك ، وتعسف صاحب العمل في فصل عامل لسبب غير مشروع أو في وقت غير لائق ، وتعسف المتقاضين في رفع الدعاوي البكيدية ونحو ذلك .

#### ٧٩ - نظرية تحميل التبعة

وهذه نظرية تأخذها بعض الحكام المصرية ، وتدينها على مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة . والاصل أن الشخص لا يكون مسؤولاً الا إذا ثبت خطأ في جانبه . اما اذا لم يثبت هذا الخطأ ، فهو غير مسئول عما يحدثه من الضرر للغير . وهذه هي نظرية المسؤولية التقصيرية . الا ان تقدم المدنية ، وانتشار المخترعات الميكانيكية من آلات صناعة ومركبات نقل ونحوها كان من شأنه ان جعل في يد الإنسان أشياء جمّة النفع شديدة الخطر ، فإذا استفاد مما تعود به عليه من النفع ، فمن العدل ان

امثلة عليها

بسط النظرية

يتحمل تبعه ما أحدثه للغير من الضرر ، حتى لو لم يثبت خطأ في جانبه ، والغرم بالغرم ..

ومن الامثلة على نظرية تحمل التبعة حوادث النقل واصابات العمال ، ونحو ذلك .

امثلة عليها

#### ٨٠ - نظرية الحوادث الطارئة

وهذه نظرية اخذت بها محكمة استئناف مصر الاهلية ، ولكن محكمة التقض لم تأخذ بها . وهي نظرية عادلة ، يمكن ارجاعها الى ، يادي القانون الطبيقي وقواعد العدالة . والاصل ان الملتزم لا يعفي من تنفيذ التزامه الا اذا اصبحت تنفيذ هذا الالتزام مستحيلا بقوة قاهرة . والقوة القاهرة حادث لا يتوقع حصوله ، ولا يمكن دفعه . اذا وقع ، ويجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا ، فاذا كان الحادث الطارئ لا يحمل تنفيذ الالتزام مستحيلا ، فهو لا يعفي المدين من التزامه ، حتى لو كانت هذه التنفيذ قد اصبحت امرهقا عسيرا . وهذا الشرط الاخير من النظرية غير عادل . فقواعد العدالة تقضي بأنه اذا تعبر الظروف ، ووجدت حادث طارئ لم يكن متوقفا وكان من شأنه ان يجعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين ، وجب تخفيف وطأة هذا الارهاق فيعفي المدين من بعض التزامه . وهذا ما تقضي

بسط النظرية

امثلة عليها

به نظرية الحوادث الطارئة . وقد اخذت بها المحكمة الادارية العليا في فرنسا في قضية ثبت فيها ان شركة النور بمدينة بوردو كانت قد تعهدت بتوريد النور بسعر معين ، ثم نشبت الحرب الكبرى فارتفع سعر الفحم ارتفاعاً فاحشاً ، واصبح الزام الشركة بتوريد النور بالسعر المتفق عليه مرهقاً لها . واخذت محكمة استئناف مصر الاهلية بالنظرية في قضية ثبت منها ان تاجراً تعهد بتوريد حبوب لصاحبة الحدود بسعر معين ، وقت ان كانت التسعيرة الاجبارية قائمة ثم الغيت هذه التسعيرة ، فارتفع سعر الحبوب الى خمسة امثاله . واصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين

## الفصل الرابع

### التشريع

#### ٨١ - اهمية التشريع في العصر الحاضر

اذا كانت العصور القديمة هي عصور العادات والدين . فان العصر الحديث هو عصر التشريع فالتشريع هو اهم مصدر للقانون الحديث . والهيئة التشريعية في الدولة الحديثة اكثر ما تكون عملاً . واشد ما تكون نشاطاً . وقد تناقصت اهمية المصادر



الآخري بالقدر الذي تزايدت به أهمية التشريع .

اسباب أهمية التشريع

ويرجع ازدياد أهمية التشريع الى عوامل مختلفة منها :

تركيز الدولة

(اولاً) توطد سلطة الدولة وتركيزها . فلم يعد هناك منافسون

أقوياء للدولة . كما كان الأمر في العصور الوسطى . اذ كان

النبلاء في المهد الاقطاعي ، وكانت الكنيسة في العصور الوسطى ،

ينتقصون من سلطان الدولة ، ويقتسمون معها نفوذها

الديمقراطية

(ثانياً) تفشي الديمقراطية مما جعل في الدولة هيئة معدة للتشريع

هي في نشاط متزايد

الاشتراكية

( ثالثاً ) النزعة الحديثة الى الاشتراكية ، اي الى تدخل الدولة

في شؤون الافراد لتنظيمها ، وليس لدى الدولة وسيلة الى هذا

التنظيم غير التشريع . فكثير من الشؤون كالتعليم ومسائل العمال

واسعاف المرضى والمعجزة ، كانت تعتبر قبلاً من شؤون الافراد

الخاصة ، وهي اليوم تعتبر من مهام الدولة الاساسية . تصدر

فيها التشريع تلو التشريع .

سهولة التشريع

( رابعاً ) سهولة التشريع بالاضافة الى المصادر الآخري . فان

المشرع يستطيع بحجة قلم ان يسن تشريعاً صالحاً وان ينسخ

تشريعاً فاسداً . اما العادات وغيرها من المصادر الآخري فبطيئة

في تطورها ، وهي اذا استقرت صعب التخلص منها بعد ذلك .

ويتناول التشريع الآن دائرة واسعة من الروابط القانونية . دائرة التشريع  
على ان المشرع لا يعرض لروابط القانون الخاص الا بقدر ، وهو  
في تعرضه لها انما يقر ما تعودته الناس في معاملاتهم ، ويحدد  
شكل التعامل اكثر مما يعرض لموضوعه .

على ان المشرع لا يخلق القانون خلقاً كما قد يتوهم . فهو يستمد  
قوة التشريع الحقيقية  
مادة تشريعه من عادات الناس ومن معتقداتهم ومن المثل العليا  
التي يتوخاها طبقاً لمدينة عصره ومن الحاجات العملية والضرورات  
الاقتصادية . وكل ما يفعل المشرع هو ان يضع القاعدة القانونية  
التي استمد مادتها من هذه المصادر المختلفة في الفاظ من عنده .  
ويعطي للقاعدة قوة رسمية ملزمة . ومن هنا يختلف التشريع من  
المصادر الاخرى في انه مصدر للمعنى واللفظ لا للمعنى فقط .

#### ٨٢ - مقارنة التشريع بالمصادر الاخرى

للتشريع مزايا اذا قورن بالمصادر الاخرى نذكر منها ما يأتي :  
(اولاً) القانون الذي يكون مستندة العادات او القضاء ،  
فلا يكاد يعرف الا وقت تطبيقه ، ومن ذلك يكون لهذا القانون  
ضرب من السريان على الماضي .

(ثانياً) يجوز الغاء التشريع بتشريع مثله ، أما القواعد القانونية  
التي تستمد من مصادر اخرى فحين الصعب نسخها بغير التشريع  
سهولة الغاء التشريع

عدم السريان على  
الماضي

ولذلك كانت أكثر بطئاً في تطورها .

(ثالثاً) التشريع يضع قواعد عامة ، أما القضاء ، وغيره من المصادر الأخرى فقواعدها تنصرف في أكثر الأحوال إلى مسائل تفصيلية ، دون أن تسمو إلى دائرة القواعد العامة .

وضع قواعد عامة

(رابعاً) يسهل الرجوع إلى التشريع ، فالقواعد القانونية المستمدة من التشريع معروفة معنى ولفظاً ، ولا يقع الخطأ في وجودها ، وإن أمكن الخطأ في تفسيرها . أما القضاء وغيره من المصادر الأخرى ، فمن الصعب استخلاص ما تولده من القواعد القانونية ، فالشك هنا يكون في وجود القاعدة القانونية لا في تفسيرها .

سهولة الرجوع إلى التشريع

وتتكمّل في سن التشريع ، وتجميعه ، وتطبيقه من حيث المكان والزمان ، وتفسيره ، وإلغائه .

## المبحث الأول

### سن التشريع

٨٣ - ما هو سن التشريع

سن التشريع عمله . والتشريع من عمل الهيئة التشريعية في الدولة . وتتكمّل في المبادئ العامة في سن التشريع ثم في سن التشريع في العراق .

تقسيم الموضوع

## ١ - المبادئ العامة في سن التشريع

٨٤ - الهيئة التشريعية

يؤكل سن التشريع الى الهيئة التشريعية . والهيئة التشريعية  
تنوع الهيئة التشريعية  
في كل دولة يحددها دستورها وهي تارة تكون فرداً مستنبداً  
كما في الملكية المطلقة ، وطوراً تكون مجلساً او مجالس نيابية او  
غير نيابية ، يشاركها رئيس الدولة ( امبراطوراً كان او ملكاً او  
رئيس جمهورية او غير ذلك )

٨٥ - مرجع التشريع

والتشريع انواع متدرجة ففي القمة التشريع الدستوري ،  
ويليه التشريع الصادر من الهيئة التشريعية الرئيسية ، ويليه  
التشريع الصادر من الهيئات التشريعية الفرعية .

فالتشريع الدستوري هو التشريع الاساسي الذي يضع نظام  
الدولة ، ويحدد علاقة السلطات العامة بالأفراد وعلاقتها ببعضها  
بالبعض الآخر .

والتشريع الصادر من الهيئة الرئيسية هو مجموعة من القوانين  
تنظم الروابط الاجتماعية . ويجب ان تكون خاصة للتشريع  
الدستوري وفي حدود دائرتها . فالتشريع الذي يصطدم مع

التشريع الرئيسي

المبادئ الدستورية يكون تشريعاً باطلاً .

التشريع الفرعي

والتشريع الصادر من الهيئات الفرعية هو تشريع تفصيلي يطبق التشريع الصادر من الهيئة الرئيسية بتفويض من هذه الهيئة . مثل ذلك اللوائح والمراسيم والقرارات التي تصدر من هيئات تنفيذية يفوض إليها امر تنظيم بعض المسائل التفصيلية الواردة في التشريع الصادر من الهيئة الرئيسية ، ويخضع التشريع الفرعي للتشريع الرئيسي خضوع التشريع الرئيسي للتشريع الاساسي والدستوري . فلا يجوز ان يصطدم التشريع الفرعي مع التشريع الاساسي ، والا كان باطلاً .

#### ٨٦ - رقابة القضاء على التشريع .

مسألة دستورية القوانين

ونرى من ذلك ان التشريع انواع متدرجة ، يخضع كل درجة للدرجة التي فوقها . ومن ذلك تنشأ مسألة دستورية القوانين ويراد بذلك ان التشريع متى يكون صحيحاً يجب الا يصطدم بتشريع من درجة أعلى ، فاذا اصطدم به كان غير صحيح او غير دستوري . ولكن هل يستطيع القضاء ان يقرر بطلان تشريع جاء على هذا النحو ، او بعبارة اخرى هل القضاء رقابة على دستورية القوانين ؟

تختلف البلاد اختلافاً بينا بالنسبة لموقفها من هذه المسألة

رقابة المحاكم  
مطابقة



فمنها ما يعطي للقضاء سلطة تامة في الرقابة على دستورية القوانين كالولايات المتحدة الاميركية ، فان المحاكم هناك لها ان تقرر بطلان أي تشريع تراه مصطدماً مع نصوص الدستور، وكثيراً ما تستعمل المحاكم هذا الحق ، حتى قيل ان حكومة الولايات المتحدة الاميركية هي حكومة القضاء ، ويرجع السبب في ذلك غالباً الى ان الولايات المتحدة الاميركية مجموعة من الولايات يتمتع كل منها بقسط كبير من الاستقلال لذاتي ، فاذا صدر تشريع وجب ان يصدر وفقاً للدستور الذي ربط هذه الولايات وهناك بلاد كفرنسا ومصر ، لا تعترف المحاكم بالرقابة على دستورية القوانين الا في حدود معينة ، تتسع بالنسبة للتشريع الصادر من الهيئات الفرعية ، وتضيق بالنسبة للتشريع الصادر من الهيئات الرئيسية ، وذلك احتراماً لمبدأ فصل السلطات .

رقابة المحاكم محدودة

#### ٨٧ - كيفية تحضير التشريع وسننه

أما التشريع الدستوري فتارة يكون منحة من السلطان لشعبه ، ويصدر في شكل امر رئيس الدولة وطوراً يعتبر ملزماً للسلطان وللشعب معاً ، ويصدر في شكل امر من رئيس الدولة كذا في او يكون من عمل هيئة تمثوب عن الشعب تنفي عادة بالجمعية الوطنية . فاذا كان الدستور منحة من السلطان انطبق هذا على

التشريع الاساسي

رأي الفيلسوف هيز ، واذا كان ملزماً للسلطان وافق هذا رأي الفيلسوف لك ، واذا اصدرته جمعية وطنية تمشي هذا مع رأي الفيلسوف روسو ، وقد سبقت الاشارة الى هذه الآراء الثلاثة.

اما التشريع الصادر من الهيئة الرئيسية فيمر عادة بمراحل ست : التحضير ، والتصويت ، والتصديق ، فالاصدار ، والتنفيذ. تبدأ الهيئة المختصة بتحضير التشريع الذي اقتضته الحاجة . ثم يعرض على المجالس التشريعية لمناقشته والتصويت عليه . فاذا تم ذلك عرض مشروع القانون على رئيس الدولة للتصديق عليه ، حتى اذا ما صدق عليه اصبحت قانوناً . وبعد التصديق يأتي دور الاصدار ، واصدار القانون هو اعلانه ، ويكون ذلك عادة بوضع صيغة الاصدار اي اعلان وجود القانون والامر بتنفيذه ، ثم يأتي دور النشر في جريدة رسمية حتى يعلم به جمهور الناس ، ثم تمضي مدة من الزمن بعدها يعتبر الناس عاقلين بالقانون فيصبح قانوناً نافذاً .

التشريع الرئيسي

والتشريع الصادر من الهيئات الفرعية متنوع تنوع الهيئة التي اصدرته ، فتارة تكون السلطة التنفيذية الرئيسية ، وتعتبر في هذه الحالة سلطة تشريعية فرعية فوض اليها امر التشريع في مسائل

التشريع الفرعي

معينة ، وتارة تكون ادارة من ادارات السلطة التنفيذية ، او ادارة محلية ونحو ذلك .

## ٢٠ سن التشريع في العراق

٨٨ - الهيئة التشريعية في العراق

تأليفها

يتولى السلطة التشريعية في العراق الملك ومجلس الامة .  
والسلطة التشريعية حق وضع القوانين وتعمديها وإلغائها . ومجلس الامة يتألف من مجاسي الاعيان والنواب .

٨٩ - تدرج التشريع في العراق

التشريع الدستوري

وفي العراق التشريع متدرج على النحو الذي اوضحناه . فالتشريع

التشريع الاصل

الدستوري هو القانون الاساسي للبلاد . ويليه في القوة التشريع

التشريع الفرعي

الصادر من مجلس الامة مصدقاً عليه من الملك . ثم يلي ذلك

الانظمة التي تصدر بإرادة ملكيه في مسائل تشريعية تفصيلية،

والقرارات التي يصدرها الوزراء ونحوهم .

٩٠ - كيفية تحضير التشريع وسنه في العراق

التشريع الدستوري

صدر التشريع الدستوري في العراق على أساس ان « سيادة

المملكة العراقية الدستورية للامة وهي وديعة الشعب الملك » .

فالقانون الاساسي العراقي يتفق اذن مع مذهب روسو من ان

السلطان للامة وان الحكومة وكيلة عن الامة وكل تعديل في الدستور يقدم الآن يجب ان يوافق عليه كل من مجلس النواب والاعيان باكثرية مؤلفة من ثلثي اعضاء المجلسين المذكورين ، وبعد الموافقة عليه يحل مجلس النواب وينتخب المجلس الجديد ، فيعرض عليه وعلى مجلس الاعيان التمديل المتخذ من المجلس المنحل مرة ثانية ، فاذا اقرن بموافقة المجلسين باكثرية مؤلفة من ثلثي اعضاء كليهما ايضاً يعرض على الملك ليصدق عليه وينشر . اما التشريع الذي يصدر من الهيئة التشريعية الرئيسية فيسن على النحو الآتي : ترفع اللوائح القانونية ، بعد ان تحضرها الوزارات المختصة وتمحصها دائرة التدوين ، الى احد المجلسين ، فاذا قبلها ترفع الى الثاني وبعد قبولها من المجلسين تعرض على الملك ، فاما ان يصدق عليها ، واما ان يعيدها مع بيان اسباب الاعداد في برهة ثلاثة اشهر ، الا اذا قرر احد المجلسين تعجيلها ، فيقتضى تصديقها او اعادتها خلال خمسة عشر يوماً لاعادة النظر مع بيان الاسباب الموجبة . واذا صدق الملك على القانون فانه يأمر بنشره في الجريدة الرسمية حتى يصبح نافداً ، واذا ظهرت ضرورة اثناء عطلة مجلس الامة ، لاتخاذ تدابير مستعجلة لحفظ النظام والامن العام ، او لدفع خطر عام ، او لصرف مبالغ مستعجلة لم يؤخذ بصرفها في

التشريع الرئيسي

الميزانية او بقانون خاص ، او للقيام بواجبات المماهدات ، فلملك الحق في اصدار مراسيم بموافقة هيئة الوزراء تكون لها قوة قانونية تقضي باتخاذ التدابير اللازمة بمقتضى الاحوال ، على الا تكون مخالفة لاحكام القانون الاساسي ، ويجب عرضها جميعا على مجلس الامة في اول اجتماع ، عدا ما صدر منها لاجل القيام بواجبات المماهدات المصدق عليها من قبل مجلس الامة او المجلس التأسيسي ، فان لم يصدق مجلس الامة على هذه المراسيم ، فملى الحكومة ان تعلن انتهاء حكمها ، وتعتبر ملغاة من تاريخ هذا الاعلان .

اما التشريع الفرعي ، فالانظمة تصدر بارادة ملكية عند موافقة مجلس الوزراء ، والقرارات يصدرها الوزير او الهيئة المختصة .

## المبحث الثاني

### جميع القوانين (التقنين)

٩١ - ما هو التقنين - مزاياه وعيوبه

التقنين هو تجميع النصوص التشريعية الجامعة بفروع من فروع القانون ، وترتيب هذه النصوص وتبويبها بحيث يسهل تعريف التقنين



على من يرجع الى التقنين ان يجد القاعدة القانونية المطلوبة .

وللتقنين هذه المزية المتقدمة : سهولة البحث عن الاحكام القانونية بعد ان جمعت في كتاب واحد ، وفي هذا فائدة كبيرة للقضاة والمتقاضين ولجميع المشتغلين بالقانون . ولكن التقنين من شأنه ان يحبس القانون في نصوص مرتبة مبوبة ، فيجسد على هذا النصوص ، والقانون كأنه حي ، لا يمكن قسره على الجمود بمنه من التطور .

مزية التقنين

ضرر التقنين

على ان التقنين قد يكون ضروريا اذا اريد توحيد القانون ، كما وقع ذلك في فرنسا وفي المانيا وفي سويسرا . ويكون ضروريا كذلك اذا اريد ادخال قانون اجنبي ، كما وقع ذلك في مصر وفي تركيا .

ضرورة التقنين

## ٩٢ - تقنين الشرائع القديمة

والتقنين لا يكون في العادة إلا بعد ان يجتاز القانون مرحلة من النمو والتطور تجعله قابلا للتجميع ، وتجعل هناك فائدة من تسجيله بعد بلوغه هذه المرحلة .

وهذا ما وقع للقانون الروماني ، فقد قن مرتين ، مرة عند نهاية المرحلة الاولى من نموه ، في الالواح الاثني عشر ، واخرى عند نهاية المرحلة الاخيرة من نموه ، في تقنينات جوستنيان .

القانون الروماني

وهذا ما وقع ايضاً ، بقدر محدود ، للقانون الانجليزي . على ان القانون الانجليزي يستعصى عادة على التقنين ، فان مصدره الاساسي هو القضاء ، والقضاء لا يقن لانه في تطور مستمر ، ويقوم مقام التقنين في القضاء بجميع الاحكام والسوابق القضائية وترتيبها وتبويبها . على ان القانون الانجليزي قد قن في بعض اجزائه ، كما في القوانين الخاصة ببيع البضائع وبالاوراق المالية وبالشركات ، ثم قننه بعض الفقهاء تقنيًا غير رسمي كما فعل جنكس ودايسني وستيفن .

الشريعة الاسلامية

أما الشريعة الاسلامية فبقيت غير مقننة ، الى ان اضدرا الا تراك تقنينهم المشهور في المجلة ، ولا تزال المجلة مطبقة في بعض البلاد العربية كالعراق وسوريا . وقد قن المرحوم قدري باشا الشريعة الاسلامية تقنيًا غير رسمي في كتبه الشهيرة : « مرشد الحيران في المعاملات والاحوال الشخصية والوقف » .

### ٩٣ — حركة التقنين الحديثة

تقنينات نابليون

على ان الحركة القوية في التقنين بدأت في أوائل القرن التاسع عشر بتقنينات نابليون المشهورة ، واهمها التقنين المدني الذي صدر في سنة ١٨٠٤ ، وصدرت بعده تقنينات اخرى في قانون المرافعات في سنة ١٨٠٦ ، وفي القانونين التجاري والبحري في

سنة ١٨٠٧ ، وفي قانون الإجراءات الجنائية في سنة ١٨٠٩ ، وفي القانون الجنائي في سنة ١٨١٠ . ثم قنن في العهد الاخير فروع اخرى للقانون الفرنسي ، كالتقنين الخاص بتشريع العمل والتقنين الخاص بالتشريع الزراعي .

التقنينات التالية

وتلت التقنينات الفرنسية تقنينات اخرى كثيرة في البلاد الاوربية . التقنين النمساوي في سنة ١٨١١ ، والتقنين الايطالي في سنة ١٨٦٥ ، والتقنين العثماني (المجلة) في سنة ١٨٦٩ ، والتقنين السويسري في سنة ١٨٨١ ، والتقنين الالماني في سنة ١٩٠٠ ، والتقنين السويسري في الالتزامات في سنة ١٩١٢ .

التقنينات الشرقية

واقترنت البلاد الشرقية اثر اوروبا في التقنين ، فصدر التقنين الهندي الجنائي في سنة ١٨٦٠ ، والتقنينات المصرية في سنتي ١٨٧٥ و١٨٨٣ ، والتقنين السوداني الجنائي في سنة ١٨٩١ . وصدر في القرن الحاضر التقنين الياباني والتقنين الصيني . والتقنين العراقي في العقوبات وفي المرافعات الجزائية .

#### ٩٤ - اصول التقنين الحكيم

وقوف المدرسة

التاريخية في وجه  
التقنين

وقد عقب التقنينات الفرنسية في اوائل القرن التاسع عشر ان قامت حركة تبشر بالتقنين . وقام في المانيا الفقيه تيبو يناي بوجوب تقنين القانون الالماني . فتصدى له سافيني زعيم المدرسة

التاريخية ، ووقف في وجه التقنين وقفة عنيفة ، فكان ذلك سبباً في تأخير التقنين الألماني نحو قرن ، اذ صدر هذا التقنين في آخر القرن التاسع عشر كما قدمنا . ولم تكن وقفة سافيني الا نتيجة طبيعية لمذهبه في القانون ، فهو يراه تطوراً مستمراً والتقنين يقف من حركة هذا التطور . اما الفرنسيون فقد كانوا متأثرين في اول القرن التاسع عشر بنظرية القانون الطبيعي الثابت الابدى ، فكان من المعقول ان يسموا بفائدة التقنين بل بضروره .

اصول التقنين  
الصالح

على ان الواقع من الامر ان التقنين له مزايا وله عيوب كما قدمنا ، فمن المغالاة التعصب له او عليه . ولكن مزاياه ترجح عيوبه ، اذا كان حكيماً . واهم اصول التقنين الحكيم ان يتجنب التعريفات الدامية ، ويترك الخوض في التفاصيل الجزئية ، ويقتصر على وضع قواعد عامة ومعايير قانونية ، تكون من المرونة بحيث تترك للقاضي عند تطبيقها مجالاً لوضع الحلول المناسبة لظروف كل قضية ، ولا تحبس القانون في نصوص جامدة تقف به دون التطور .

المهمة الحقيقية  
للتقنين

والواجب ان نفهم مهمة التقنين على الوجه الصحيح ، فليست هذه المهمة تسجيل قواعد قانونية ثابتة لا تتغير ، فان التقنين لا يلبث ان يتم حتى يقوم الى جانبه من القواعد الفقهية والقضائية

ما يكاد يغطي على القواعد التي سجلها التقنين . أما يراد بالتقنين ان يكون مفتاحاً للبحث يجعل العثور على القواعد القانونية سهلاً ، على ان يكمل البحث بالرجوع الى المصادر الاخرى واهمها الفقه والقضاء . فاذا كانت هذه هي مهمة التقنين ، فلا شك في انه قد اسد خدمة جليلة في هذا السبيل ، ولا ينكر احد ان التشريع المقتن اسهل في بحثه من القانون « غير المكتوب » الذي يجب ان نتلمس احكامه في السوابق القضائية المتكدسة او في كتب الفقه الواسعة .

على ان التقنين ، حتى يحفظ بقائده ، يجب مراجعته من وقت لآخر ، حتى يكون متمشياً مع حالة القضاء والفقه . اما التقنين الذي لا تراجع فلا يلبث ان يصير قديماً ، لا يعبر عن حالة القانون الحقيقية ، وقد يكون ضرره اشد من نفعه ، اذ يصبح خداعاً .

## المبحث الثالث

### تطبيق التشريع

٩٥ - التطبيق في المكان وفي الزمان

نتكلم في تطبيق التشريع من حيث المكان ، وتطبيق التشريع من حيث الزمان وتطبيق التشريع من حيث المكان يبين مدى ما يتناوله

معنى التطبيق  
من حيث المكان



التشريع في تطبيقه من حدود اقليمية . وهل يمتد الى كل رعايا الدولة صاحبة التشريع ، والى اي حد يمتد الى الاجانب اما تطبيق التشريع من حيث الزمان فيتضمن مدى . ايتناول التشريع في تطبيقه من حدود زمنية ، وهل يمتد الى افضية سابقة على صدوره فيكون له اثر رجعي . فتطبيق القانون من حيث المكان ومن حيث الزمان هو تحديد مدى تطبيقه من حيث الاشخاص ومن حيث الافضية .

معنى التطبيق  
من حيث الزمان

## ١ . تطبيق التشريع من حيث المكان

٩٦ - القاعدة الاساسية هي وحدة القانون ووحدة المحكمة

القاعدة في القانون الحديث ان التشريع ، والقانون بوجه عام ، يطبق في حدود الدولة على جميع القاطنين في بلادها ، سواء كانوا وطنيين أو اجانب . ويطبق القانون نوع واحد من المحاكم . فوحدة القانون ووحدة المحكمة هما أساس تطبيق التشريع من حيث المكان .

وحدة القانون  
ووحدة المحكمة

وتطبيقا لهذه القاعدة نرى التشريع والقوانين الفرنسية تطبق على جميع القاطنين في البلاد الفرنسية ، فمن ارتكب جريمة في فرنسا حوكم امام محكمة فرنسية ، وطبق عليه القانون الجنائي الفرنسي ، سواء كان فرنسيا او اجنبيا ، ومن صدر منه تصرف

امثلة على ذلك

مدني او تجاري ونشأ عنه نزاع ، طرح هذا النزاع على محكمة فرنسية، وطبق القانون المدني او القانون التجاري الفرنسي، سواء كان الخصوم فرنسيين او اجانب. فلا يوجد في فرنسا الا محكمة واحدة هي المحكمة الفرنسية، والا قانون واحد هو القانون الفرنسي. وكذلك الحال في سائر البلاد الغربية.

#### ٩٧ - استثناءات من هذه القاعدة

على انه يستثنى من قاعدة التطبيق الاقليمي للقانون بعض حالات يكون التطبيق فيها شخصياً نذكر منها ما يأتي :

(١) ما تقضى به قواعد القانون الدولي الخاص من وجوب تطبيق قوانين اجنبية في بعض الاحوال ، كقانون الجنسية في مسائل الاحوال الشخصية ، وقانون محل العقار في المسائل العقارية، ونحو ذلك. الا انه يلاحظ هنا ان القانون الاجنبي انما يطبق لان القانون الوطني هو الذي قضى بهذا التطبيق ، فتطبيق القانون الاجنبي انما هو تطبيق للقانون الوطني .

قواعد القانون  
الدولي الخاص

(٢) ما يقضى به القانون الجنائي في كثير من البلاد من امتداد سلطانه الى جرائم ترتكب خارج حدود الدولة ، كما اذا كانت الجريمة ضد أمن الدولة او ضد نقدها، وكما اذا كان مرتكب الجريمة وطنياً ارتكبها خارج حدود بلاده وكانت الجريمة معاقباً

قواعد القانون  
الجنائي

عليها في البلاد التي ارتكبت فيها ولم توقع عليه عقوبة في هذه البلاد .

قواعد خاصة  
بالوطنين

(٣) وهناك بعض قوانين لا تطبق إلا على الوطنيين دون الأجانب ، أما لأنها تتضمن مزايا سياسية كالاقتخاب والترشيح للهيئات العامة ، أو لأنها تفرض واجبات خاصة بالوطنيين كالخدمة العسكرية .

#### ٩٨ — تاريخ تطور القاعدة

تطور القاعدة في  
مختلف العصور

على أن قاعدة التطبيق الاقليمي للتشريع لم تكن مضطردة في مختلف العصور ، وهي غير مضطردة الآن في مختلف البلاد .  
أما من حيث عدم اضطرادها في مختلف العصور ، فقد كان القانون الروماني في روما لا يطبق إلا على الرومانيين دون الأجانب ، فكان التطبيق شخصياً لا إقليمياً . ثم لما اتسعت الامبراطورية الرومانية صار التطبيق اقليمياً ، ويطبق القانون الروماني على القاطنين في حدود الامبراطورية . ولما تمزقت الامبراطورية الرومانية وانقسمت الى دول مستقلة ، رجع التطبيق شخصياً ، واستمر كذلك قرناً عديدة ، وصار للقانون الروماني يطبق على السكان الاصليين ، وقانون كل قبيلة جرمانية من الغزاة يطبق على افرادها ، وذلك كله في البلد الواحد . فإذا كان خضوع القضية

لا ينتمون الى قانون واحد ، طبق قانون المدعى عليه . ثم امتزجت القوانين الجرمانية بالقانون الروماني ، وتوحدت القوانين في البلاد الواحد ، وعاد تطبيق القانون اقليمياً كما كان ، واصبحت هذه هي القاعدة العامة في البلاد النورية كما قدمنا .

عدم اضطراد القاعدة  
في مختلف البلاد

اما من حيث عدم اضطراد القاعدة في مختلف البلاد ، فان كثيراً من البلاد الشرقية لا تعرفها ، بل ان القاعدة عندها هي شخصية التطبيق كما يلاحظ ذلك في مصر والهند والصين وسيام وبلاد المغرب والحبشة وغيرها من البلاد الشرقية ، فيطبق قانون الدين في الاحوال الشخصية ، وقوانين الجنسية في المسائل الجنائية وبعض المسائل المدنية والتجارية . على ان النزعة الحديثة في البلاد الشرقية هي القضاء على التطبيق الشخصي للقانون واستبدال التطبيق الاقليمي به ، جرياً على سنن المدنية الحديثة . وقد سبقت اليابان الى ذلك ، ثم تلاها تركيا ثم فارس . وتحاول مصر الوصول الى قاعدة التطبيق الاقليمي للقانون . . . . .

٩٩ - الحالة في مصر وفي العراق ( الجنسية والدين )

والقاعدة في مصر هي ان القانون شخصي التطبيق . وقد دعا الى ذلك عاملان ، الجنسية والدين . فالجنسية اوجدت محاسنم للاجانب خاصة بهم وقوانين تطبيق عليهم . والدين فرق بين

في مصر :  
الامتيازات الاجنبية  
والامتيازات  
الطائفية

المسلمين والمسيحيين واليهود وغيرهم من الطوائف المصرية فأوجد  
محاكم وقوانين المسلمين غير المحاكم والقوانين التي لغير المسلمين .  
وبعبارة اخرى ترجع قاعدة شخصية التطبيق في مصر الى  
الامتيازات الاجنبية والامتيازات الطائفية .

في العراق :  
الامتيازات الطائفية

اما في العراق فقد زالت الامتيازات الاجنبية ، ولكن  
الامتيازات الطائفية لا تزال باقية . وترتب على ذلك انه يوجد  
نوعان من المحاكم ، محاكم عامة ومحاكم الاجوال الشخصية .

## ٢ . تطبيق التشريع من حيث الزمان

( عدم سريان القانون على الماضي )

١٠٠ - القاعدة انه انما يرفع له اثر رجعي فهو يسري على الماضي  
وللتشريع حدود في التطبيق من حيث الزمان ، كما رأينا حدوده  
في التطبيق من حيث المكان . فالتشريع لا يطبق الا على الحوادث  
التي وقعت من وقت صدوره الى وقت الغائه . فلا يمتد الى الحوادث  
التي تقع بعد الغائه . ولا ينسحب على الحوادث التي وقعت قبل  
صدوره .

مبررات القاعدة  
العدالة

استقرار التعامل

والقاعدة التي تقضى بأن التشريع لا ينسحب على الحوادث  
التي وقعت قبل صدوره هي التي نعتبر عنها بعدم سريان القانون على



الماضي . ( Non-retroactivite ) وهي قاعدة معقولة ، تقتضيها  
العدالة وضرورة استقرار المعاملات . فالعدالة تأبى أن يطبق تشريع على  
حادثة وقعت قبل صدوره ، واستقرار المعاملات يقضي بأن التشريع  
الذي كان سارياً وقت وقوع هذه الحادثة هو الذي يطبق ، لأن  
الناس اطمأنوا إلى ذلك في تعاملها ، ورتبت شؤونها على هذا الحساب .

والأمثلة على ذلك كثيرة ، نختار منها مثلاً :

أمثلة :

بيع الوفاء الذي  
يخفي رهناً

(١) صدر تشريع في مصر في سنة ١٩٢٣ يقضي بأنه إذا كان  
بيع الوفاء مقصوداً به إخفاء رهن حيازة عقاري ، فإن العقد يعتبر  
باطلاً لا أثر له ، سواء بصفته بيعاً أو رهناً . وقد كان البيع  
الوفائي المقصود به إخفاء رهن قبل هذا التشريع ، يفسر بحسب  
حقيقته ، فيعتبر رهناً صحيحاً . فكل بيع وفاء يخفي رهناً ، وكان  
صدوره قبل صدور تشريع سنة ١٩٢٣ ، لا يسري عليه هذا  
التشريع الأخير ، فلا يبطل باعتباره رهناً ، بل يكون صحيحاً  
على هذا الاعتبار . وفي هذا تطبيق لعدم سريان تشريع ١٩٢٣  
على الماضي .

قانون التسجيل  
الحديث في مصر

(٢) صدر قانون التسجيل الحديث في مصر يقضي بأن العقود  
الناقلة للملكية بين الأحياء يجب تسجيلها ، ويترتب على عدم  
التسجيل أن الملكية لا تنتقل حتى فيما بين المتعاقدين . وقد

كان القانون المدني يقضي قبل صدور هذا التشريع الجديد ، بأن العقد غير المسجل ينقل الملكية فيما بين المتعاقدين ، وأن عدم التسجيل لا يمنع من انتقال الملكية الا بالنسبة للغير . فالعقود غير المسجلة التي صدرت قبل اول يناير سنة ١٩٢٤ ( ميعاد العمل بالتشريع الجديد ) ، لا يسري عليها هذا التشريع حتى لا يكون له اثر رجعي ، وتكون هذه العقود قد نقلت الملكية فيما بين المتعاقدين بالرغم من عدم تسجيلها .

#### ١٠١ - التمييز بين الحق المكتسب ومجرد أمل

على أن المقصود بعدم سرمان القانون على الماضي هو أنه لا يمس الحقوق المكتسبة قبل صدوره . فإذا كان التشريع لا يمس حقاً مكتسباً ، فإنه يسري على الحوادث السابقة مادام لا يصطدم إلا مع مجرد أمل لا مع حق مكتسب ويورد أمثلة على ذلك :

(١) الوصية لا تجوز لغير وارث إلا في الثلث . فلو أن شخصاً أوصى لغير وارث بثلث ماله ، ثم صدر هذا التشريع بعد موت الموصي ، فهو لا يسري على الوصية ، لانه اذا سري يمس حقاً مكتسباً للموصي له ، بعد أن انتقلت اليه ملكية الثلث بموت لموصي . أما اذا كان صدور التشريع قبل موت الموصي ، ولو بعد عمل الوصية ، فإنه يسري على الوصية ، لأن الموصي له وقت

تفسير الزهر الذي  
يمكن الايصاء به

صدور التشريع لم يكن كسب حقاً اذ لا يزال الموصي حياً وله ان يرجع في وصيته ، وكل ما وصل اليه هو مجرد أمل في ان يكون له حق في الموصى به ، والقانون لا يحترم الا الحق المكتسب ولا يعني بمجرد الامل ، فيسري التشريع في هذه الحالة على الوصية الصادرة قبل صدوره ، وينقص الموصى به الى الرابع .

تغير مدة التقادم

(٢) يقضي القانون بأن من وضع يده على مال غيره بنية تملكه مدة خمس عشرة سنة يملكه بالتقادم . فلو ان شخصاً وضع يده على مال الغير مدة خمس عشرة سنة ، ثم صدر تشريع جديد يطيل مدة التمام الى عشرين سنة ، فان هذا التشريع لا يسري على الحادثة التي نحن بصددھا ، لان واضع اليد قد كسب حق الملكية على المال قبل صدور التشريع الجديد ، والتشريع لا يمس الحقوق المكتسبة . اما اذا كان صدور التشريع الجديد بعد ان مضى على وضع اليد مدة اثنى عشرة سنة مثلاً ، فان التشريع يسري على هذه الحادثة ، لان واضع اليد لم يكن قد كسب حقاً وقت صدور التشريع ، ولم يكن لديه الا مجرد أمل في ان يتم مدة التقادم المكسب الملكية ، فلا يكثرث القانون لمجرد الامل ، ويترتب على سريان التشريع الجديد ان واضع اليد

يجب عليه ان يكمل مدة الاثنتي عشرة سنة الى عشرين لا الى خمس عشرة .

تغيير الحد الاقصى  
للعائدة

(٣) يقضي القانون بأن الحد الاقصى للفوائد هو ٩٪ / فاذا تألفت شركة للاقراض بهذه الفائدة ، وأقرضت بالفعل عملاءها ، ثم صدر تشريع جديد ينقص الحد الاقصى الى ٧٪ ، فان هذا التشريع لا يسري على ما قبضته الشركة من عملائها من الفوائد بسعر ٩٪ / فقد اصبح حقا مكتسبا لها ولكن التشريع الجديد يسري على عقود القرض التي تلتحق التشريع ، وليس للشركة ان تعترض على ذلك بأنها تألفت قبل صدور التشريع الجديد فلا يسري عليها هذا التشريع ، فأنت تكونينها قبل التشريع لم يكسبها حقا في الاقراض بالسعر القديم ، بل كل ما لديها هو مجرد أمل في الاقراض بهذا السعر ، ومجرد الأمل لا يمنع من تطبيق التشريع الجديد على هذه الشركة ، فلا يجوز لها بعد صدور هذا التشريع أن تقرض بسعر أعلى من ٧٪ .

١٠٢ - استثناءات من قاعدة عدم سريان القانون على الماضي على ان التشريع يسري على الماضي ، وبمس الحقوق المكتسبة لا مجرد الامال فحسب ، في الاحوال الآتية :

نص خاص

(١) اذا تضمن التشريع ذاته نصا على ذلك لمصلحة عامة . وقد

رأينا المادة ٢٧ من الدستور المصري ، والمادة ٣ من لائحة ترتيب المحاكم الاهلية تقرر ان هذا الاستثناء ، فنقصان على عدم سرية القانون على الماضي « ما لم ينص على خلاف ذلك بنص خاص » ( م ٢٧ من الدستور ) ، و « ما لم يكن منها عن ذلك بنص صريح » ( م ٣ من لائحة الترتيب ) .

تشريع من النظام العام (٢) وقد يسري التشريع على الماضي ، حتى لو لم يتضمن نصا يقضي بذلك اذا كان هذا التشريع من النظام العام ، فتقضي المصلحة العامة التي اريد تحقيقها من وراء هذا التشريع بسريته على الماضي ، ولو مس حقا مكتسبا . من امثلة ذلك القانون الذي يحرم الرق ، فانه يعتبر من النظام العام ويسري على الماضي ، ويترتب على ذلك ان كل رقيق يعتق حتى لو ثبت رقه قبل صدور هذا القانون .

ومن امثلة ذلك ايضا القانون الذي صدر في مصر في سنة ١٩٢٥ برفع سن الرشد الى احدى وعشرين سنة بعد ان كانت ثمانى عشرة . فالاشخاص الذين كانوا قد بلغوا الثمانية عشر وقت صدور هذا القانون يعودون الى القصر اذا كانوا لم يبالغوا الواحد والعشرين ، فيكون للقانون اثر رجعي في هذه الحالة . ولكن لا يكون له اثر رجعي : لنسبة للغير ، فالنصرقات التي صدرت من



هؤلاء الاشخاص وترتب عليها حق للغير قبل صدور هذا القانون تعتبر صحيحة صادرة من ذوي أهلية كاملة .

القانون الجنائي  
الاصحح للمتهم

(٣) يكون للقوانين الجنائية عادة أثر رجعي اذا كانت اصحح

للمتهم ،

فاذا ارتكب شخص عملا معاقبا عليه ، ثم صدر قبل الحكم على هذا الشخص تشريع جديد يجعل هذا العمل غير معاقب عليه أو يخفف عقوبته ، فإن التشريع الجديد هو الذي يطبق . أما اذا كان التشريع الجديد اسوأ من التشريع القديم ، فانه لا يسري على الماضي ، كما لو كان التشريع الجديد في الفرض المتقدم يشدد العقوبة لا يخففها ، فإن التشريع القديم هو الذي يطبق .

اما قوانين الاجراءات ( المرافعات المدنية والجنائية ) فانها تخضع لقاعدة عدم سريان القانون على الماضي . فاذا صدر تشريع جديد لا يمس حقا مكتسبا ، كما اذا عدلت الاجراءات الخاصة بسماع الشهود او بتحقيق الخطوط او بالخبراء ، فانه يسري على القضايا التي تكون قد رفعت قبل صدوره . أما اذا مس التشريع الجديد حقا مكتسبا ، فانه لا يسري على الماضي . مثل ذلك أن ترفع قضية الى المحكمة المختصة ، وبعد رفعها يصدر تشريع جديد

يجعل المحكمة غير مختصة ، فمثل هذا التشريع لا يسري على القضية التي رفعت فعلاً ، وتبقى المحكمة التي رفعت إليها القضية مختصة بالنظر فيها . مثل ذلك ايضاً ان يصدر حكم قابل للاستئناف ثم يصدر تشريع جديد يجعله غير قابل للاستئناف ، فمثل هذا التشريع لا يسري على هذا الحكم ، بل يبقى الحكم قابلاً للاستئناف في الميعاد الذي يقرره التشريع القديم .

## المبحث الرابع

### تفسير التشريع

١٠٣ - مسألة التفسير لا تقوم الا في التشريع دون غيره من المصادر

التشريع مصدر يأتي  
بالمعنى واللفظ مما

تفسير التشريع هو توضيح ما ابهم من الفاظه وتكميل ما اقتضب من نصوصه ، وتخرج ما نقص من احكامه والتوفيق بين اجزائه المتناقضة . وكل هذا مفروض فيه ان مصدر القانون الذي يكون محلاً للتفسير مصدر يأتي بالمعنى وباللفظ معاً . وذلك لا يكون الا التشريع كما رأينا . ويكون كذلك في بعض الكتب الدينية التي تعتبر مصدراً لاحكام القانونية كالقرآن والتوراة . ويقوم بالتفسير عادة القضاة والفقهاء : القضاة عند ما يطبقون نصوص التشريع على الافضية التي تعرض له . والفقهاء عند ما

من يقوم بالتفسير

يخرج الاحكام القانونية من النصوص التشريعية في كتب الشرح والتفسير وفي الفتاوي التي تصدر منه . وهناك تفسير تشريعي تقوم به الهيئة التشريعية نفسها وله اثر رجعي . او تقوم به هيئة رسمية اخرى . وفي العراق توجد المحكمة العليا لتفسير الدستور وديوان التفسير الخاص لتفسير القوانين الادارية .

#### ١٠٤ - مآلة وضوح النص :

لا يكون هناك محل لتفسير التفسير النص الواضح . فانه إذا كان اللفظ الذي استعمله المشرع لا سبيل للاختلاف في معناه ، وجب الاخذ بهذا المعنى ، ولا يجوز تركه بدعوى ان الحكم القانوني يكون غير عادل ، او ان هناك حكماً قانونياً أُعدل منه ، فليس هذا من مهمة المفسر في شيء ، بل عليه ان يترك ذلك للمشرع يعدل تشريعه بما تقتضيه الظروف .

وجوب الاخذ  
بالنص الواضح

غير ان هذه القاعدة لا تمنع المفسر من تصحيح ما عسى ان يقع في الالفاظ والنصوص التشريعية من اخطاء مادية . مثل ذلك المادة ١٠٣ من القانون المدني المصري ، فقد نعت على ما يأتي : « يجوز ان يكون التعهد معلقاً على امر مستقبل او غير محقق ، يترتب على وقوعه او عدم وقوعه وجود ذلك التعهد او تأييده او منع وجوده او زواله » . وهذا النص يعرف الشرط ،

تصحيح الاخطاء  
المادية

ويعرفه بأنه امر مستقبل او غير محقق ، مع ان الشرط هو امر مستقبل وغير محقق ، يجمع الاستقبال واحتمال التحقيق ولا ينفرد باحدهما ، ولفظ « أو » الوارد في النص خطأ مادي صحته « و » فيتعين على المفسر اجراء هذا التصحيح .

١٠٥ - ماله عزم وضوح النص (العيوب التي تؤدي الى ذلك):

أما اذا كان النص غير واضح ، فذلك يرجع الى عيب فيه . ومن اكثر هذه العيوب شيوعاً الغموض والتناقض والنقص .

فالغموض يكون اما بتحمل اللفظ اكثر من معنى واحد ، فعلى المفسر ان يختار المعنى الذي قصد اليه المشرع ، مثل ذلك المادة ٣٦٧ من القانون المدني المصري وتنص على ما يأتي : « منع المستأجر من التأجير يقتضي منعه من الاسقاط لغيره ، وكذلك منعه من الاسقاط يقتضي منعه من التأجير . اما اذا كان موجوداً بالكان المؤجر جداً جعله معداً للتجارة أو للصناعة ، ودعت ضرورة الاحوال الى بيع الجداً المذكور ، جاز المحكمة مع وجود المنع من التأجير ابقاء الايجار لمشتري الجداً ، بعد النظر في التأمينات التي يقدمها ذلك المشتري ، ما لم يحصل للمالك من ابقائه ضرر حقيقي . » واللفظ الغامض في هذا النص هو « الجداً » وهو لفظ مأخوذ من الفارسية معناه الرفوف المركبة ، ولكن هذا

الغموض

المعنى لا يستقيم في النص ، والواجب ان يؤول اللفظ بمعنى آخر  
ينسجم مع عموم المعنى ، فاذا فسر « الجدك » بمعنى المتجر أو  
المصنع استقام المعنى المفهوم من النص .

التناقض

والتناقض يكون اذا اصطدم نص مع نص آخر ، فيجب  
التوفيق بين النصين بقدر الاستطاعة ، والا وجب تغليب أحد  
النصين على الآخر . مثل ذلك ما تقضي به المادة ١٦ من لائحة  
ترتيب المحاكم المصرية من ان هذه المحاكم غير مختصة بنظر مسائل  
الانكحة وما يتعلق بها من قضايا المهر والنفقة ، ثم ما تقضي به  
المواد ١٥٥ - ١٥٧ من القانون المدني المصري من احكام في النفقة  
يصطدم كثير منها مع احكام الشريعة الاسلامية ، اذ انه يجب  
طبفاً لهذه المواد ان يتفق الفروع وأزواجهم على الاصول  
وأزواجهم ، وان يتفق الاصول على فروعهم وأزواج الفروع ،  
وان يتفق الزوجان أحدهما على الآخر فنصوص القانون المدني  
متناقضة مع نص لائحة ترتيب المحاكم المصرية ، والواجب هنا  
تغليب النص الاخير واعتبار المحاكم المصرية غير مختصة بمسائل  
النفقات والمختص هي المحاكم الشرعية ، وهي تطبق الشريعة الاسلامية .  
والنقض يكون اذا كان النص الذي يورد الحكم مقتضياً لا  
يتضمن كل ما يجب ذكره . مثل ذلك المادة ٧٦ من القانون المدني

النقض



المصري ، فهي تنص على انه « تحصل ملكية العقارات والحقوق الغينية لمن وضع يده عليها ظاهراً بنفسه أو بوكيل عنه ، بغير منازع ، مدة خمس سنوات متواليات بصفة مالك ، بشرط أن يكون وضع اليد المذكور مبنياً على سبب صحيح ، فإذا لم يوجد ذلك السبب لا تحصل له الملكية الا اذا وضع يده مدة خمس عشرة سنة » . فهذا النص يقضي بان من وضع يده على عقار مملوك لغيره ، مدة خمس سنوات بنية تملكه ملكه بالتقادم القصير بشرط ان يكون لديه سبب صحيح ، اي عقد ناقل للملكية كالبيع . ولم يذكر النص شرطاً آخر لا تقل اهميته عن شرط السبب الصحيح ، وهو حسن النية ، فلو تملك بالتقادم القصير لا بد فيه من حسن النية ، ويجب على المفسر ان يكمل مثل هذه النص الناقص .

١٠٦ - طرق التفسير عند عدم وضوح النقص ( طرق دافعية

وأخرى خارجية ) :

فإذا كان النص غير واضح لعيب فيه ، كغموض او تناقض أو او نقص ، وجب على المفسر ان يتبين ارادة المشرع الحقيقية من وراء هذا النص المعيب ، وهذا هو التفسير . وله طرق مختلفة ، يمكن تقسيمها الى قسمين :

(١) طرق داخلية ينطوي عليها التشريع نفسه فلا يلتمس طرق داخلية  
المفسر هادياً من عنصر خارجي عن التشريع ومن أهم هذه الطرق  
الاستنتاج بطريق القياس (a nalogie) ، والاستنتاج من  
باب أولي (a. fortiori) ، والاستنتاج من مفهوم المخالفة  
(a contrario)

(٢) طرق خارجية ، وفيها يستند المفسر الى عنصر خارجي طرق خارجية  
عن التشريع نفسه . من ذلك الاستناد الى حكمة التشريع ،  
الاسترشاد بالأعمال التحضيرية ، والرجوع الى المصدر التاريخي  
لتشريع .

#### ١٠٧ - طرق التفسير العقلية :

ذكرنا ان من أهم هذه الطرق الاستنتاج بطريق القياس ،  
الاستنتاج من باب اولي والاستنتاج من مفهوم المخالفة .

فلاستنتاج بطريق القياس هو ان يستنبط المفسر حكماً غير  
منصوص عليه بالقياس على حكم منصوص عليه . مثل ذلك حكم  
اتفاق الراهن حيازة مع المرتهن على ان تباع العين بالطرق الودية  
إذا حلّ الاجل ولم يوف المدين الدين . لا يوجد في القانون المدني  
المصري نص على هذه المسألة . ولكن يوجد نص على مسألة  
اخرى يمكن القياس عليها .

الاستنتاج بطريق  
القياس

فقد نصت المادة ٥٤٣ هـ على انه « لا يجوز اشتراط كون الشيء المرهون يصير مملوكاً للدائن عند عدم الوفاء له ، انما للدائن فقط الحق في طلب بيع المرهون بالكيفية الجائزة لسائر الدائنين » فالحكم الذي تنص عليه هذه المادة يتناول اتفاق الراهن مع المرتهن على ان يملك الاخير العين المرهونة عند عدم وفاء الدين ، ويقرر النص ان هذا الاتفاق باطل ، وانه يجب على المرتهن ان يطرح العين في المزااد الجبري ويستخلص من ذلك ان وجوب طرح العين في المزااد الجبري عند عدم وفاء الدين يعتبر من النظام العام ، لا يجوز الاتفاق على مجاوزته . ويترتب على هذا الاستنتاج ان الاتفاق فيما بين المتعاقدين على بيع العين المرهونة بيعاً ودياً يخرق القاعدة المتقدمة . فيكون هذا الاتفاق باطلاً . ومن ذلك نرى انه امكن ان نستنبط حكم بطلان الاتفاق على البيع الودي قياساً على حكم اتفاق المتعاقدين على تملك المرتهن للعين المرهونة . وهذا الحكم الاخير منصوص عليه . فاستنبطنا منه حكماً آخر بطريق القياس .

والاستنتاج من باب اولي هو ان يكون هناك حالة منصوص على حكمها . وتكون علة الحكم اكثر توفراً في حالة اخرى غير منصوص على الحكم فيها . فينسحب الحكم في الحالة المنصوص

الاستنتاج من باب  
الى

عليها الى الحالة غير المنصوص عليها . من باب اولي . مثل ذلك ان القانون الجنائي يخفف جريمة القتل في حالة ما اذا ما اجأ الزوج زوجته متلبسة بجريمة الزنا فقتلها ، ويحمل جريمة القتل في هذه الحالة جنحة لا جنائية . فلو ان زوجاً فاجأ زوجته متلبسة بجريمة الزنا ، ولم يقتلها ، ولكن ضربها ضرباً افضى الى الموت او خلف عاهه مستديمة ، فان هاتين الجريمتين يعتبران جنحتين لا جنائيتين من باب اولي ، ما دام القتل ، وهو اشد منها ، اعتبر جنحة . ومثل ذلك ايضا ان قانون الاجراءات الجنائية يعطي الحق للزوج ان يعفو عن زوجته المحكوم عليها في دعوى الزنا ، فمن باب اولي يستطيع الزوج ، قبل ان يحكم على زوجته ، ان يطلب ايقاف السير في اجراءات دعوى الزنا . فان من يملك الاكثر يملك الاقل .

الاستنتاج من  
مفهوم المخالفة

والاستنتاج من مفهوم المخالفة هو ان تعطين حالة غير منصوص عليها حكماً يتكون عكس الحكم في حالة منصوص عليها ، لاختلاف العلة في الحالتين ، اولاً الحالة المنصوص عليها هي جزئية من جزئيات الحالة غير المنصوص عليها ، فتخصيصها بحكم يستخلص منه انها تنفرد بهذا الحكم دون سائر الجزئيات الاخرى . مثل ذلك ان القانون المصري لم ينص

على حكم بيع الشيء المستقبل ، أهو صحيح كما يقتضي بذلك  
 الشريعة الإسلامية . ولكنه نص على حكم بيع التركات المستقبلية  
 فقضت المادة ٢٦٣ - ٣٣٢ من القانون المدني بأن بيع الحقوق  
 في تركة انسان على قيد الحياة باطل ولو برضاه ، والتركة المستقبلية  
 جزئية من جزئيات الشيء المستقبل ، فلغزادها بحكم البطلان  
 يفهم منه ان سائر الجزئيات الاخرى لا تشترك معها في هذا  
 الحكم ، ويكون بيع الشيء المستقبل - عدا التركات المستقبلية -  
 صحيحا بطريق الاستنتاج من مفهوم المخالفة .

١٠٨ - طرق التفسير الحلزمية .

قررنا ان المفسر قد يستند الى عناصر خارجة عن التشريع حتى  
 يتعرف نية المشرع . من ذلك ان يتبين حكمة التشريع ، وان  
 يسترشد بالاعمال التحضيرية ، وان يرجع الى المصدر التاريخي  
 للتشريع الذي يفسره .

حكمة التشريع

فتبين حكمة التشريع معناه ان يتعرف المفسر العلة التي اقتضت  
 الحكم ، فيفسر في ضوء هذه الحكمة الفاظا وردت في التشريع  
 قد تكون مبهمه . مثل ذلك ان القانون الجنائي يحمل « الليل »  
 في جريمة السرقة وفي جريمة اتلاف المزروعات ظرفا مشددا ،  
 فما معنى « الليل » ؟ هنا يجب توخي حكمة التشريع ، والواضح ان



المشرع جعل الليل ظرفاً مشدداً لسهولة ارتكاب هاتين الجريمتين في الظلام، فأراد المشرع تشديد العقوبة ردعاً للمجرمين الذين يستغلون ارتكاب جريمتهم في جنح الظلام، فيجب إذن تفسير « الليل » لا على أنه يبدأ من غروب الشمس وينتهي عند شروقها، وهذا هو التفسير الفلاني، بل بمعنى الظلام، وهذا هو الذي يستخلص من حكمة التشريع كما قدمنا، فقد لا يكون هناك ليل بعد غروب الشمس، إذا لم يكن الظلام قد خيم، ولا سيما في فصل الصيف.

الاعمال التحضيرية

والاعمال التحضيرية هي مجموعة المذكرات التفسيرية ومناقشات المجالس التشريعية، ومحاضر جلسات هذه المجالس واعمال اللجان التي تقترن عادة بالتشريعات عند تحضيرها. وقد تكون للامال التحضيرية قيمة كبيرة في تعرف نية المشرع وتفسير الالفاظ المبهمة التي وردت في التشريع وازالة التناقض الظاهري وتكميل الناقص. فليجأ اليها المفسر ليسترشد بها في التفسير. على انه مهما يكن من قيمة الاعمال التحضيرية فانها لا تعتبر جزءاً من التشريع، بل هي شيء خارج عنه، يجوز فيه الخطأ، فاذا رأى المفسر رأياً خاطئاً مستجلاً في الاعمال التحضيرية، فانه لا يتقيد به، عند التفسير، بل يتركه الى الراي الصحيح الواجب الاخذ به.

طبقا للتشريع الذي امامه . مثل ذلك ما وقعت فيه المذكرة  
الايضاحية لللائحة المجالس الحسينية المصرية التي صدرت في سنة  
١٩٢٥ من الخطأ في تعليقها على رفع سن الرشد من ثمانى عشرة  
سنة الى احدى وعشرين اذ قالت : « وبما لا حاجة لذكره ان  
الحكم المشار اليه لا ينطبق على الذين يكونون قبل العمل  
بالقانون الجديد قد بلغوا سن الثمانى عشرة سنة المخذدة لانتهاء  
الوصاية بمقتضى القانون القديم ، هؤلاء الاشخاص يعتبرون انهم  
راشدون قانونا ، ولا يسوغ ارجاعهم تحت الوصاية » وقد قدمنا  
ان هذا الرأي خاطىء اذ ان القانون الذي يرفع سن الرشد يكون  
له اثر رجعي فينسحب على الماضي ، لانه يعتبر من النظام العام ،  
ويترتب على ذلك ان الاشخاص الذين يكونون قبل العمل  
بالقانون الجديد قد بلغوا سن الثمانى عشرة سنة ، ولم يبلغوا سن  
الواحدة والعشرين يزجعون اقصر تحت الوصاية ، الى ان يبلغوا  
سن الرشد الجديد ، خلافا لما ورد في المذكرة الايضاحية .  
والمفسر في هذه الحالة يتعين عليه الا يأخذ بالرأي الخاطي الوارد  
في المذكرة الايضاحية ، بل يأخذ بالرأي الصحيح الذي قدمناه .  
فيجعل التشريع ينسحب على الماضي ، الا تعامللا صدر من  
الشخص على انه قد بلغ سن الرشد قبل صدور التشريع الجديد

وترتب عليه حق للغير فان التشريع الجديد لا يمس هذا الحق المكتسب .

المصدر التاريخي  
للتشريع

كذلك يرجع المفسر الى المصدر التاريخي التشريع ، وكثيراً ما يرجع القضاء المصري الى هذا المصدر عند تطبيق النصوص . مثل ذلك ما قضت به الدوائر المجتمعة لحكمة الاستئناف المصرية من ان حق الشفعة لا يورث ، فاذا مات الشفيع قبل الاخذ بالشفعة ، فلا يجوز لو ارثه ان يطالب بها ، وقد رجع القضاء في ذاك الى المصدر التاريخي للتشريع المصري في الشفعة ، وهذا المصدر هو الشريعة الاسلامية واختير الرأي الراجح في المذهب الحنفي . وقد يصل القضاء في الرجوع الى المصدر التاريخي الى حد ان يعدل النص الذي يفسره . من ذلك ان المادة ٥٥٥ من القانون المدني المصري المختلط قضت بان « قسمة المال عيناً تعتبر بمنزلة بيع كل من الشركاء حصته الشائعة قبل القسمة لمن وقعت في نصيبه ويترتب عليها ما يترتب على البيع » . وهذا النص صريح في ان القسمة نافذة للحق لا كاشفة له ، ومع ذلك فان المحاكم المختلطة تقضى باطراد ان القسمة كاشفة للحق لا نافذة له ، وترجع في ذلك الى المصدر التاريخي للتشريع المختلط في هذه المسألة ، وهو القانون الفرنسي .

## المبحث الخامس

### الغاء التشريع

#### ١٠٩ - السلطة التي تملك الالغاء

هي السلطة التي تملك سن التشريع . وقد رأينا التشريع متدرجا ، في القمة التشريع الدستوري ثم التشريع الصادر من الهيئة التشريعية الرئيسية ، ثم التشريع الصادر من الهيئة الرئيسية ثم التشريع الصادر من الهيئات التشريعية الفرعية .

أما التشريع الدستوري فلا يجوز تعديله ولا الغاؤه الا بالطريقة التي ينص عليها الدستور نفسه . على انه اذا اعتبر الدستور منحة من السلطان طبقاً لنظرية هيز ، فاز السلطان الذي اصدره يملك تعديله ويملك الغاءه .

التشريع يلغى  
التشريع

أما التشريع الصادر من الهيئة التشريعية الرئيسية فتعديله أو إلغاؤه يكون في يد نفس هذه الهيئة . وقد قضت المادة ٤ من لائحة ترتيب المحاكم المصرية أنه لا يبطل نص من القوانين أو الأوامر إلا بنص قانون أو أمر جديد يتقرر به بطلان الأول . ومن ذلك نرى أن التشريع الفرعي يلغيه أو يعدله تشريع فرعي كذلك .

فالقاعدة إذن أن القانون الدستوري لا يلغيه إلا قانون دستوري،  
والتشريع الرئيسي يلغيه تشريع رئيسي أو قانون دستوري،  
والتشريع الفرعي يلغيه تشريع فرعي أو تشريع رئيسي أو قانون  
دستوري، ولكن التشريع الفرعي لا يلغى تشريعاً رئيسياً أو قانوناً  
دستورياً، وكذلك التشريع الرئيسي لا يلغى قانوناً دستورياً.  
وبعبارة أخرى يلغى التشريع تشريعاً في قوته أو تشريعاً أدنى مرتبة  
ولكنه لا يلغى تشريعاً أقوى.

والتشريع يلغى  
العادة والعادة تلغى  
العادة ولكن لا تلغى  
التشريع

أما العادة وعدم الاستعمال فلا يلغيان تشريعاً، على خلاف في  
الرأى فيما يتعلق بالتشريع التجاري ولوائح البوايس. ولكن العادة  
تلغى عادة أخرى، ويلغىها التشريع. فالتشريع يلغى العادة والعادة  
لا تلغى التشريع.

تغير الظروف يلغى  
التشريع

وقد يلغى التشريع تغير الظروف التي كانت قائمة وقت سنة.  
مثل ذلك الغاروقة، في مصر وهي نوع من الرهن الحيازي لا يجوز  
إلا في الأراضي الخراجية. وقد ألغى الآن نظام الأراضي  
الخراجية، فلم يعد هناك هذا النوع من الأراضي في مصر.  
وترتب على ذلك إلغاء التشريع الخاص بالغاروقة.

مخالفة قاعدة قانونية  
ليست من النظام العام

وليس من قبيل الإلغاء أن يتفق المتعاقدان على حكم يخالف  
قاعدة قانونية لا تعتبر من النظام العام. فالمتعاقدان لم يلغيا باتفاقهما



القاعدة القانونية ، بل هي باقية تطبق على غيرهما وتطبق عليهما في تعاقد آخر .

#### ١١٠ - كيف يكون الإلغاء :

والإلغاء ضربان ، صريح وضمني . فالإلغاء الصريح يكون بسن تشريع يلغى صراحة تشريعاً سابقاً . وقد يكون التشريع ذاته يتضمن نصاً على أنه يسري لمدة معينة يلغى بعدها ، كما في التشريع الذي صدر في مصر بشأن تخفيض أجر المساكن والأراضي الزراعية في سنوات متوالية منذ سنة ١٩٢٠ . وقد يصدر التشريع لا يتضمن إلا إلغاء صريحاً لتشريع سابق ، دون أن يحل محله تشريعاً آخر ، مثل ذلك التشريع الذي ألغى الإكراه المدني في فرنسا والتشريع الذي ألغى دستور سنة ١٩٣٠ في مصر . وقد يصدر متضمناً إلغاء صريحاً لتشريع سابق وشاملاً في الوقت ذاته لتشريع جديد يحل محل التشريع الملغى ، مثل ذلك قانون التسجيل الجديد ، في مصر فانه قد ألغى صراحة بعض نصوص القانون المدني المصري وأحل محلها تشريعاً جديداً وكذلك الأمر الملكي الذي ألغى دستور سنة ١٩٢٣ في مصر وأحل محله دستور سنة ١٩٣٠ .

الإلغاء الصريح

الإلغاء الضمني

أما الإلغاء الضمني فيكون بسن تشريع جديد لا ينص صراحة

على إلغاء تشريع قديم ، ولكنه يتضارب معه . والقاعدة أنه إذا  
تضارب تشريعان فالجديد منها يندسخ القديم . ونظرية الناسخ  
والمنسوخ معروفة في القرآن الكريم وهي نظرية معقولة . فما  
دام المشرع سن حكماً يناقض حكماً سابقاً ، فقد أراد أن يلغى ضمناً  
الحكم القديم

## الفصل الخامس

### الفقه والقضاء

#### ١١١ - التعريف :

الفقه هو استنباط الاحكام القانونية من مصادرها بالطرق  
العلمية

والقضاء هو تطبيق الاحكام القانونية على الاقضية التي ترفع  
للمحاكم .

#### ١١٢ - أهمية الفقه والقضاء في ر في القانون :

الفقه هو المظهر العلمي للقانون ، والقضاء هو المظهر العملي .  
فاذا تجرد القانون عن مظهريه العلمي والعملي ، فلا يتبقى منه شيء  
كبير .

والقانون يمت إلى العلوم الاجتماعية بأوثق سبب ، ولكل نشاط  
اجتماعي علم يسجل قواعده وأحكامه ، وعلماء يبحثون وينقبون

ويسجلون . والقانون علمه الفقه وعلماءه الفقهاء .

والقانون مادة حيه غذاؤها التطبيق العملي . فاذا اقتصر الامر فيه على أن يسجل في التقنينات والتشريعات وعلى أن يدون في كتب الفقهاء لم يعد أن يكون مذهباً من المذاهب العلمية . وهو بعد قد تجرد من أهم مزية له : صلاحيته للتطبيق العملي حتى يقوم بمهمته الأساسية من تنظيم الروابط الاجتماعية . فالقضاء هو الذي يطبق القانون ، وهو الذي يبعث فيه الحياة ، فيجعله يعيش وينمو ويتطور ، ويصقله ويهذبه ، ويطبعه بطابع العصر الذي وجد فيه .

١١٣ - مزايا الفقه والقضاء وعيوبهما :

ولكل من الفقه والقضاء مزايا وعيوب .

مزية الفقه وعيبه

فمزية الفقه هي نظره إلى الروابط الاجتماعية نظرة واسعة شاملة ، فلا يضيق بخصوصية ولا يقف عند منعرج ، بل يسير قدماً إلى الامام ، يتمشى مع التطور ، ويسابق الزمن . قالفقيه أوسع أفقاً من القاضي ، وأسرع تأثراً بقوانين التطور . ولكن عيب الفقه انه كثيراً ما ينحرف عن الحياة العملية وهو في سموه إلى العموميات يتعد عما في الحياة من ملابسات وظروف خاصة في كل قضية من اقصيتها .

مزية القضاء وعيبه

ومزبة القضاء انه دائماً الاتصال بالحياة العملية ، يستمد قواعده

منها ، ويطبق أفضيته عليها ؛ فلا يكاد يميل عنها حتى يعود إليها ؛  
ولكن عيبه نظرة ضيقة لا تحيط إلا بما حولها ؛ ولا تمتد إلى  
ما وراء ذلك ؛ وشئ من البطء في التطور يتفق مع نزعة محافظة  
في القضاء .

#### ١١٤ - وجوب التعاون بين الفقه والقضاء :

ونرى من ذلك أن للفقه مزايا ليست للقضاء ؛ وأن للقضاء مزايا  
ليست للفقه ؛ وأن عيب كل منها هو فقد مزايا الآخر ؛ فهما  
يكملان بعضهما بعضاً . ولا بد من التعاون بين الفقه والقضاء ، فالفقيه  
يرسم خط السير للقاضي ؛ والقاضي يعبد الطريق ويمهده بعد أن  
فتح أمامه الفقيه ، ثم يستفيد الفقيه من تجارب القاضي ؛ فينحى  
بفقهه منحى يتفق مع الحياة العملية ؛ ويسير بعد ذلك طليعة  
للقاضي ؟ يكشف الطريق أمامه . وخير النظم القانونية هو النظام  
الذي ينطوي على مزاج موفق من الفقه والقضاء .

#### ١١٥ - الفقه والقضاء هما مصدران تفسيريان للقانون :

وقد أصبح الفقه والقضاء في العصور الحديثة . مصدرين  
تفسيريين للقانون عند أكثر الأمم . ولكنها يكونان عادة  
بمصدرين رسميين في المراحل الأولى من نمو القانون . وأكثر  
القوانين تكون في أول أمرها من صنع الفقيه والقاضي ؛ حتى إذا

كل منها يكمل  
الآخر

الفقيه طليعة القاضي

تطور الفقه القضاء  
من مصدرين رسميين  
الى مصدرين تفسيريين

ككل نضوج القانون ؛ واستقر نموه ؛ أنى التشريع فشغل المكان  
الاول بين المصادر الرسمية ؛ واتقلب الفقه والقضاء مصدرين  
تفسيريين ؛ وتصبح مهمة الفقيه والقاضي تفسير القانون لاصنعه ؛  
ولكنهما في الواقع من الامر إذ يفسران القانون كثيراً ما يكون  
تفسيرهما صنعاً .

فالفقه والقضاء مصدران رسميان في القوانين القديمة ؛ وهما  
مصدران تفسيريان في معظم القوانين الحديثة . وهما نحن نبحت  
الحاليتين .

## المبحث الأول

الفقه والقضاء في القوانين القديمة

١١٤ - وجوب التعاود بين الفقه والقضاء

نختار من هذه القوانين النظم القانونية الاساسية وهي القانون  
الروماني والشرعية الاسلامية والقانون الانجليزي .

وسنرى أن الفقه والقضاء تماونا في تقدم الشريعة الاسلامية،  
وأن القضاء كان هو المصدر الرئيسي للشرعية الانجليزية .

يصير الفقه والقضاء  
في النظم القانونية  
القديمة

١١٧ القانون الروماني :

بدأ القانون الروماني في أول مراحله عادات مصبوغة بالصيغة  
الدينية . وقد جمع التجميع الاول في الألواح الاثني عشر . وقد



كان هذا التجمع مبدأ لحركة قضائية ولحركة فقهية كانتا، إلى جانب التشريع، هما العاملان الأساسيان في تطور القانون الروماني وفي تقدمه.

أما الحركة القضائية فبدأت منذ بدأ «البريطور» الروماني يتولى شئون القضاء، وكان هناك «بريطور» للرومانيين وآخر للأجانب، الأول يطبق القانون المدني الروماني، والثاني يطبق «قانون الإنسانية أو الشعوب». ولكن «البراطرة» الرومانيين سواء طبقوا هذا القانون أو ذاك، لم يكونوا يقتصرون على التطبيق، بل كانوا يصنعون القانون صناعاً، وسيلهم إلى ذلك «المنشورات القضائية». فقد كان «البريطور» الروماني يلى شئون القضاء سنة واحدة. وعند ولايته القضاء يعلن للناس «منشوراً» يضمه ما اعتزم على اتباعه من القواعد القانونية: وكثير من هذه القواعد كان من شأنها إدخال تعديلات جوهرية على القانون الروماني العتيق بما يتفق مع مقتضيات العدالة وتطور الحضارة. وكان «البريطور» يسلك إلى ذلك طريقاً خاصاً بالقانون الروماني، فقد كان في يده، بمقتضى ولايته للقضاء: سلطة تنظيم الدعوى، فله أن يعطى الدعوى من يشاء ويسلبها من يشاء. واستطاع من هذا الطريق أن يجعل القانون الروماني يماشى الحضارة

القضاء

المنشورات القضائية

سلطة تنظيم الدعوى

الرومانية في تقديمها ، وان يكسر فيود القانون العتيق ، فكان ينكر الدعوى حيث تكون المصلحة في انكارها ولو أعطائها القانون القديم وكان يعطى الدعوى حيث تكون المصلحة في اعطائها ولو لم يعطها القانون القديم . مثل ذلك : كان القانون القديم لا يجعل الغش مبطلاً للمقود ولما أراد « البريطور » أن يرضى ما تقتضيه العدالة من جملة سبباً للبطلان ، أعطى دفعاً للمدعى عليه اذا كان ضحية الغش ، يدفع به دعوى المدعى ، ويجعل القاضي لا يحكم المدعى الا اذا لم يكن هناك غش ، وهكذا خلق « البريطور » دعاوي ودفعات مختلفة ، كان من شأنها أن تدفع بالقانون الروماني في طريق التطور . وتوالت « المنشورات القضائية » واحداً بعد الآخر ، وكل « بريطور » يستبقى من منشور سابقه ما أظهر العمل صلاحيته للتطبيق ويضيف اليه جديداً ، حتى استقر عنصر ثابت من هذه المنشورات ، هو الذي يتكرر على مر الاعوام ومعه عنصر متجدد هو عامل التطور . وسمي كل ذلك « بالمشور المستمر » . وهذا المنشور المستمر بقى الى عهد الامبراطورية ، ثم جمع تجميعاً رسمياً وحرم الامبراطور هادريان اضافة شيء اليه ، على أن هذا القانون البربطوري بقى منفصلاً عن القانون المدني ، وبقي هذا الانفصال حتى عهد جوستينيان ، حيث امتزجاً وأصبحاً

المنشور المستمر

امتزاج القانون  
البربطوري بالقانون  
المدني

قانوناً واحداً هو القانون الروماني المعروف لنا اليوم . فالقانون الروماني كان أذن من صنع القضاء الى حد كبير .

الفقه  
الدور الاول :  
الكهنة

وكان القانون الروماني من صنع الفقه أيضاً . وقد مر الفقه في القانون الروماني على أدوار ثلاثة ، كان في الدور الاول في يدرجال الدين يكتمون أسرارهم عن الدهماء ويحتكرونه احتكاراً . ثم أفضى

الدور الثاني :  
الطرق العلمية

السرواً أعلنت الاجراءات القانونية للناس في دور ثان ، وأخذ الناس يتعلمون القانون بطرق عملية لاعلمية ، من طريق استفتاءات يوجهونها لرجال القانون وكان لكل مشغل بالقانون تلاميذ

يتصلون به ويحضرون فتاواه عند استفتاءه من عملائه ، ثم يناقشونه في هذه الفتاوى ، وكانت القضاة أنفسهم (وهؤلاء غير

« البراطره » بل كانوا أقرب الى المحلفين في العصر الحديث ، يبتون في الوقائع ويستفتون في القانون اذ لم يكونوا من رجاله )

يلجأون الى رجال القانون يستفتونهم في المسائل القانونية التي تعرض لهم في الافضية التي ينظرونها ، وكان رجال القانون يفتون

عملاءهم ويفتون القضاة ويدرسون لتلاميذهم دون أن يأخذوا أجراً على شيء من ذلك ، فقد كان أكثرهم ينتمي الى أسر غنية ، وكان

جزاءهم على خدمتهم للقانون أن يرشحوا للمناصب الكبيرة في الدولة.

الدور الثالث :  
الطرق العلمية

وفي الدور الثالث دخل الفقه الروماني في طريقه العلمي ، فدونت

المؤلفات القانونية الى جانب الفتاوى العملية ، وأصبح تدريس القانون علمياً أكثر منه عملياً ، واعترف لثقته بأنه مصدر رسمي للقانون الروماني ، فقد جعل لبعض الفقهاء المشهورين حق إعطاء فتاوى قانونية تلزم القضاة في أحكامهم وبدأ الفقه العلمي بمدرستين ، زعيم الأولى هو الفقيه لايبو ولكنها سميت باسم تلميذه بروكليان ، وزعيم الثانية هو كاييتو ولكنها سميت باسم تلميذه ساينيان . ولم يكن بين المدرستين البروكيلية والساينينية فرق كبير من حيث المبادئ العامة والطرق العلمية ، وأكثر الخلاف بين المدرستين إنما كان في التفاصيل . وقد تكونت المدرسة البروكيلية أكثر محافظة على المبادئ الجمهورية إذ كان زعيمها لايبو جمهورياً مخلصاً حتى بعد استقرار الامبراطورية ، أما المدرسة الساينينية فقد كانت أكثر تمسكاً بالمبادئ الامبراطورية الجديدة . وقد توطد الفقه الروماني وانتشر ، وكان له أثر كبير في تكوين القانون بفضل هذه الفتاوى الملزمة ، واختتم هذا العهد من الفقه العلمي بخمسة فقهاء هم ابيد فقهاء الرومان ذكراً واعظمتهم اثراً : جاييس وباينيان والبيان وبول ومودستين ولما استأثرت الامبراطورة بالأمر منعوا الترخيص للفقهاء بالفتاوى الملزمة ، فلجأت الناس الى كتب الفقهاء القدماء ، وفي مقدمتهم بايبيان وقد

الفتاوى القانونية  
الملزمة

المدرستان البروكيلية  
والساينينية

فقهاء الرومان الخمسة

انقطاع الفتوى  
واقفال باب الاجتهاد

علق تلميذاه البيات وبول على مؤلفاته وخالفاه في كثير من آرائه فأمر الامبراطور قسطنطين بأن تعتمد آراء بايينيان دون تلميذيه . وفي اوائل القرن الخامس الميلادي اعتمدت الامبراطرة آراء خمسة الفقهاء المنقدم ذكرهم وآراء الفقهاء الذين نقل منهم هؤلاء الخمسة ، فاذا تضاربت الآراء اعتمد رأي الأغلبية ، فاذا تساوت رجح الجانب الذي انحاز له بايينيان إذ كان يعتبر اكبر فقيه روماني . ولما وضع جوستنيان مجاميعه القانونية المشهورة اخذها من اقوال هؤلاء الفقهاء الخمسة ومن نقل عنهم هؤلاء الفقهاء . ونرى من ذلك الأثر الكبير الذي كان للفقه في صنع القانون الروماني وفي تطوره .

ملحوظتان :  
القضاء تقدم على  
الفقه والفقهاء من رجال  
العمل

على ان لنا ملحوظتين على الفقه الروماني : ( ١ ) تقدم القضاء الفقه في القانون الروماني وكان له اكبر الأثر في تكوين القانون ، فقد راينا « المنشور القضائي » يظهر وينمو ويتطور قبل عصر الفقه العلمي وقبل ظهور الفقهاء المشهورين ، فالقانون الروماني بدأ قضاء وانتهى فقها ( ٢ ) كان كبار الفقهاء الرومانيين من رجال العمل ، كانوا رجال سياسة ووزراء وبراطرة فقد كان بايينيان ومن بعده اليان وبول من كبار وزراء الدولة ، ولا يكاد يشذ عن هذه القاعدة الا جاييس فالظاهر أنه كان استاذاً يدرس القانون في



روما ولم يتول منصباً عملياً . فالفقه الروماني كان اذن مشبعاً بالروح العملية ولم تكن الشقة بعيدة بينه وبين القضاء وهذا يفسر ما كان للفقه من اثر في القضاء .

#### ١١٨ - الشريعة الاسلامية :

يمكن تقسيم تاريخ الشريعة الاسلامية من حيث اثر الفقه والقضاء في تكوينها ، الى ثلاثة عهود : عهد الرسول صلى الله عليه وسلم ، ثم العهد الذي تلاه الى وقت تدوين الفقه ، ثم من وقت تدوين الفقه الى عهدنا هذا .

العهد الاول :  
الكتاب والسنة

( العهد الاول ) وهو عهد النبي عليه السلام ، وكان للشريعة الاسلامية في تلك العهد مصدران ، الكتاب والسنة ، وكلاهما وحي ودين ، فالدين اذن كان المصدر الوحيد للشريعة الاسلامية في ذلك العهد . اما الفقه فلم يكن له محل ، والرسول موجود بين الناس ينزل عليه الوحي ، والمسلمون يتلقون عنه امور دينهم ودينهم . على ان النبي عليه السلام اقر الرأي كمصدر للشريعة الاسلامية حيث يعوز الكتاب والسنة ، فقد بعث مـاذن جيل الى اليمين ، ولما سأل به بماذا يقضي فأجاب معاذ بالكتاب والسنة ثم يجتهد رأيه ، اقره النبي على ذلك .

الرأي

قضاء النبي :  
التردد في التسليم ؟  
عدم المعصية فيه

والقضاء لم يكن كذلك مصدراً للشرعية الإسلامية في ذلك العهد وقد كان النبي أول قاض في الإسلام ، وكان قضاؤه ملزماً لأعلى أنه قضاء بل على أنه سنة . فهو إذا قضى في حادثة كانت له صفتان ، صفة المشرع بما يلهمه الله من وحي وما ينزل عليه من كتاب فيبين ، القاعدة القانونية الواجب تطبيقها ، ثم صفة القاضي يطبق القاعدة القانونية التي قررها على ما يعرض أمامه من وقائع الحادثة . ويجب التمييز بين الصفتين ، فصفة المشرع لم تنكرها عليه الناس منذ آمنت برسالته ، أما صفة الباطني فبعد ترددوا في التسليم له بها ، حتى نزلت الآيات الباطنية في إثباتها له ، قال تعالى . « فان تنازعتم في شيء فردوه الى الله والرسول ان كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير واحسن تأويلاً . ألم تر ان الذين يزعمون انهم آمنوا بما انزل اليك وما انزل من قبلك ، يريدون ان يتحاكوا الى الطغوت وقد امروا ان يكفروا به ، ويريد الشيطان ان يضلهم ضلالاً بعيداً..... فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ، ثم لا يجدوا في انفسهم حرجاً مما قضيت ، ويسلموا تسليماً » وقال عز وجل : « فاحكم بينهم بما انزل الله » . ثم ان النبي عليه السلام كان معصوماً بصفته مشرعاً ، ولم يكن معصوماً بصفته قاضياً ، وقد قال تأكيدياً

لهذا المأني : « أنكم تختصمون الي ولعل بعضكم ان يكون  
الحن بحجته من بعض ، فاقضى له على نحو ما أسمع ، فمن قضيت  
له بحق أخيه فلا يأخذ منه شيئاً فانما أفضى له قطعة من نار. »<sup>(١)</sup>

فقضاء النبي عليه السلام يتضمن عنصرين : القاعدة القانونية  
التي يقررها وهذه هي السنة وهي ملزمة بهذا الوصف ، والوقائع  
التي يقضى فيها وقضاؤه غير ملزم في ذلك اذ يجوز عليه الخطأ

(العهد الثاني) ويبدأ بعهد الخلفاء الراشدين وينتهي بظهور

أئمة المذاهب الفقهية وتدوين الفقه في الكتب . وفي هذا العهد

كان لكل من الفقه والقضاء اثر في تكوين الشريعة الاسلامية

وكان الفقه يمتزج بالقضاء والقضاء يمتزج بالفقه ، وكل منهما يماشي

الآخر . ولكن الفقه اخذ يتغلب شيئاً فشيئاً حتى تمت له الغلبة

في العهد الثالث . وآية امتزاج الفقه بالقضاء في هذا

العهد الثاني ان وجد القاضي الفقيه وقد تأثر الفقه بقضائه ،

ووجد الفقيه المفتي وقد تأثر القضاء بفقهه ، فكان من

الصعب تمييز الفقه عن القضاء في ذلك العهد اذ كان القاضي فقيهاً

والفقيه قاضياً . الا ان حركة الفقه كمصدر للشريعة الاسلامية

العهد الثاني :  
امتزاج القضاء والفقه

(١) وفي رواية أخرى للحديث : « أنكم تختصمون الي رسول الله وانما انا بشر ولعل  
بعضكم الحن بحجته من بعض ، وانما أفضى بينكم على ما أسمع ، فمن قضيت له من حق أخيه  
شيئاً فلا يأخذه ، فانما اقطع له قطعة من النار يأتي بها اصطاماً في عنقه يوم القيامة . »

أخذت في القوة وحركة القضاء أخذت في الضعف إلى أن تغلب  
 الفقه على القضاء بعد أن استكمل نضوجه ، وضار هو وحده إلى  
 جانب الدين مصدراً للشريعة الإسلامية ، ولكن ذلك لم يتم إلا  
 في العهد الثالث كما قدمنا . أما في العهد الثاني فقد كان للقضاء شأن  
 في تكوين الشريعة الإسلامية يعدل شأن الفقه ، وكان القضاء  
 يؤثر في الفقه تأثير الفقه في القضاء ، فلننظر كيف كان القضاء .  
 ثم ننظر بعد ذلك كيف كان الفقه .

أما القضاء فكان يليه قضاة من الصحابة والتابعين ونابغي  
 التابعين وغيرهم بعد أن فصل الخلفاء ما بين القضاء والولاية . وكان  
 أكثر القضاة مجتهدين وأقلهم مقلدون . واشتهر عمر بالقضاء ،  
 تولاها بنفسه وولى غيره عليه ، ولى أبا الدرداء المدينة ، وولى شريحاً  
 البصرة ، وولى أبا موسى الأشعري الكوفة ووضع له دستور  
 القضاء في كتابه المعروف .

والقضاة في ذلك العهد كانوا يطبقون الكتاب والسنة ، ويطبقون  
 كذلك ما استنبطه الفقهاء من الأحكام القانونية « وكان في كل مصر  
 جماعة اشتهروا بالفقه واستنباط الأحكام يستعين بهم القاضي إذا  
 اشكل عليه امر » ، <sup>(١)</sup> وفي المبسوط للسرخسي « أن عمر كان

استماتته بالفقه

(١) تاريخ القضاء في الإسلام للقاضي محمود بن عرتوس ص ١٩

يستشير الصحابة مع فقيهه ، حتى إذا رفعت اليه حادثة قال ادعوا لي عليا ، وادعوا زيدا . . . فكان يستشيرهم ، ثم يفصل بما اتفقوا عليه . « وتري من هذا كيف ان القضاء كان يتأثر بالفقه . على ان القضاء كان يؤثر في الفقه بدوره ، فقد قدمنا ان الفضاة كانوا غير مقلدين فكانوا يجتهدون رأيهم ، سبقهم إلى ذلك معاذ بن جبل فيما مر بنا ، ولعمري مواقف معروفة في استعمال الرأي ، بل يصح ان يقال انه هو المؤسس لمدرسة الرأي ، وقد وضع من القواعد القانونية في الشؤون الادارية والمالية والحربية والسياسية والمعاملات والاحوال الشخصية ما يتلاءم مع امبراطورية ناشئة ، وامة تركت الصحراء وانتشرت في الأرض ، فخالطت المدينيات القديمة ، وجدت لها حاجات كثيرة . وكان القاضي يأخذ بقضاء سلفه فعمري يأخذ بقضاء أبي بكر ، وعثمان يأخذ بقضاء صاحبيه . والفقهاء وراء الفضاة يأخذون عنهم ، فالعراقيون يجمعون «قضايا علي وفناواه» وقضايا شريح وغيره من قضاة الكوفة ، ثم يستخرجون منها ويستنبطون «<sup>(١)</sup>» ، وابن مسعود فقيه جليل يتأثر عمر بن الخطاب في دقة نظره وجريته ، وعلى بن أبي طالب خلف مجموعة من القضايا والفتاوى لأهل العراق حفظت عنه وعدت دستورا . .

تأثيره في الفقه

(١) ضحى الاسلام للاستاذ أحمد ابن جزء ٢ ص ١٧١ .



وشريح مارس القضاء نحو ستين سنة في العصر الاموي ، فلابس الحياة العملية ، وقد دعم مذهب الرأي بدعائم قوية وكانت له اكبر الاثر في تلوينه وتميزه «<sup>(١)</sup> وتصدر سعيد بن المسيب للفتوى ، وكان لا يهابها ، فأثر عنه كثير من الفتاوى والآراء ، وكان يقول : ما قضى رسول الله ﷺ ولا أبو بكر ولا عمر ولا عثمان ولا علي قضاء إلا وقد علمته «<sup>(٢)</sup>

هذا هو شأن القضاء وتأثيره في تكوين الشريعة الاسلامية ،  
 وأثره في الفقه واثار الفقه فيه . اما الفقه فلم يقل عن القضاء تأثيراً  
 واثراً . فقد كان في ذلك العهد ان وضع الفقهاء انس الفقه  
 الاسلامي . وقد انقسم هذا الفقه مدرستين ، اهل الحديث واهل  
 الرأي . بدأت المدرستان تكونان ترعتين عند الصحابة والتابعين  
 وتابعيهن ، فريق منهم يحافظ على القديم ويكثر من حفظ الحديث  
 ولا يكاد يفتي الا به وهولاء في الغالب من بقى من فقهاء المسلمين  
 في الحجاز ( كالعباس وعروة بن الزبير وعبد الله بن عمر وعبد الله  
 بن عمرو بن العاص وسعيد بن المسيب والزهري ونافع ) وفريق  
 آخر رحل عن الحجاز ، وفي الامبراطورية الاسلامية الواسعة

الفقه

أهل الحديث وأهل  
الرأي

( ١ ) ضحى الاسلام للاستاذ أحمد امين جزء ٢ ص ١٨١ .

( ٢ ) ضحى الاسلام للاستاذ أحمد امين جزء ١ ص ٢٠٩ .

الاطراف وجد مدنيات تختلف عما الفه ، وواجه امورا غير التي عرفها ، وكل هذا يقتضي تجديداً وتطوراً ، فمال الى الاجتهاد والرأى ( كعبد الله بن مسعود وعلقمة ومسروق وشریح والاسود النخعي وابراهيم النخعي وحماد ) . على أن هذا ليس معناه ان أهل الحديث كلهم كانوا في الحجاز ، فان منهم من كان في العراق كالشعبي ، وليس معناه ان أهل الرأى لم يكن احد منهم في الحجاز ، فقد كان في الحجازيين من هو من أهل الرأى كربيعة الرأى ، بل ان عمر يمكن اعتباره المؤسس لمدرسة الرأى كما قدمنا ، فقد كان جريئاً في اجتهاده حتى نسخ بعض الأحكام الماثورة عن النبي عليه السلام لما تغيرت ظروفها ( كما فعل في حرمان المؤلفة قلوبهم وفي ايقاع الطلاق الثلاث ) . كما ان هذا ليس معناه ان أهل الحديث لم يكونوا يعملون بالرأى اصلاً ، فقد كانوا يقولون به ولكن في حدود ضيقة ، ولم يشكروه الا مذهب الظاهريين وعلى رأسه داود الظاهري ، وليس معناه أن أهل الرأى لم يكونوا يأخذون بالحديث ، فقد أخذوا به ، ولكن لم يصح عندهم منه الا القليل . الفرق اذن بين المدرستين انما كان في الاتجاهات العامة والتزعة لافي التفاصيل ، فأهل الحديث هم المحافظون الذين يريدون البقاء على التقاليد الاولى للأسلام ، فلا يخرجون على

الفرق بين المدرستين

آثار السلف الصالح الا بالقدر الذي تحتمه الضرورة ، فهم من هذه الناحية يشبهون المدرسة البروكيلية في الشريعة الرومانية ، وأهل الرأي هم الاحرار المجددون الذين يتمشون مع انتشار الاسلام وانتظامه الأمم المختلفة والمدنيات المتنوعة في امبراطورية مترامية الاطراف فيحكمون العقل لا التقاليد حتى تتسع الشريعة الاسلامية لما اظلمت من مدنيات وما سيطرت عليه من شعوب ، وهم من هذه الناحية يشبهون المدرسة السابانية: ثم قويت النزعتان، وتحددت كل نزعة ، حتى أصبحت مدرسة لها قواعدها ولها فقهاؤها . ثم مالبت المدرستان أن اخذتا في التقارب شيئاً فشيئاً حتى كادتتا تمتزجان ، على النحو الذي سنراه . ويعيننا الان ان نرى كيف كان نصيب الفقه في تكوين الشريعة الاسلامية في ذلك العهد كبيراً كنصيب القضاء .

ظهور مصدين جديدين:

الاجماع

كانت مصادر الشريعة الاسلامية في عهد الرسول ﷺ الكتاب والسنة ، فزادها الفقه في هذا العهد الثاني مصدرين آخرين ، الاجماع والقياس ، وهما المصدران الخصبان اللذان يكفلان للشريعة الاسلامية مروئتها على مر الزمن أما الاجماع فقد اعترف به كل من المدرستين بقدر واحد . ووجد منذ وجدت فكرة تنظيم الرأي من طريق الاستشارة ، فقد رأينا أن الخلفاء والقضاة كانوا

يستشيرون أهل الفقه ، فاذا اجتمع رؤوس الناس وخيارهم على امر قضوا به . وقد بدأ الاجماع يكون مقهوراً على الصحابة ، ثم امتد الى التابعين فتابعهم ثم صار اخيراً اجماع المجتهدين من امة محمد في عصر من العصور ، وفي هذا تطور للاجماع من شأنه ان يجعل الفكرة خصبة قائمة لتطور جديد<sup>(١)</sup> . اما القياس ، ويؤخذ هنا بمعناه الواسع أي الرأي والاجتهاد ، فقد اختلفت المدرستان في الاخذ به . اختلفاً بيننا ، فأهل الرأي يكثر من القياس والتفريع والاستنباط ويفرضون الفروض الممكنة وغير الممكنة حتى اشتهروا بذلك ، وأهل الحديث لا يلجأون الى القياس الا في القليل النادر من المسائل ولا يفرضون فرضاً لم يقع .

القياس

العهد الثالث  
تغلب الفقه على القضاء

( العهد الثالث ) ويبدأ من وقت تدوين الفقه الى وقتنا هذا . وفي أول هذا العهد ارتفع شأن الفقه ارتفاعاً عظيماً وقل شأن

( ١٠ ) وقد وجد الفقهاء سند الاجماع في حديث للنبي عليه الصلاة والسلام ( لا يجتمع أمتي على ضلالة ) . ونقل جولد زهير المستشرق المشهور في كتابه ( العقيدة والقانون في الاسلام ص ٢٥ ) عن طبقات الشافعية للسبكي جزء ٢ أن الشافعي رأى سند الاجماع في قوله تعالى في سورة النساء : ومن يشاقق الرسول من بعد ما تبين له الهدى ، ويتبع غير سبيل المؤمنين نوله ما نولي ، ونصله جهنم وساءت مصيراً . انظر أيضاً مفاتيح الغيب للفخر الرازي جزء ٣

القضاء . وقد تركز مذهب اهل الراى في أبي حنيفة<sup>(١)</sup> بالكوفة،  
وتركز مذهب اهل الحديث في مالك بالمدينة . واستمر اختلاف  
بين المذهبين حتى بلغ اشدّه . ثم طدت المدرستان الى التقارب  
والتفاهم على يد أبي يوسف والشافعي ، وان شد بعد ذلك احمد بن  
حنبل وداود الظاهري .

أهل الراى واهل  
الحديث  
تدوين المذاهب تسجيل  
لفقه تم تكوينه

وقد ظهر في أول هذا العهد أئمة المذاهب المعروفة وغيرها من  
المذاهب التي اندثرت ( كمذهب الاوزاعي ومذهب سفيان الثوري  
ومذهب داود الظاهري ومذهب ابن جرير الطبري وغيرها ) .  
والواقع من الامر ان هؤلاء الأئمة ختموا عهداً بدأها غيرهم ،  
وكان عملهم الانشائي في الفقه اقل من عملهم التنظيمي . فقد كان  
لفقه قد استكمل نضوجه على يد الفقهاء المتقدمين ، واصبح ، لا

---

وشنوك ، مرجونج المستشرق المعروف في مجلة تاريخ الاديان سنة ١٨٩٨  
مجلة ٣٧ ص ١٧ . والظاهر انه يصعب العثور على سند واضح للاجماع في  
القرآن ، وأن الفقهاء هم الذين صاغوا هذا المبدأ مصدراً للشرعية الاسلامية .  
( ١ ) انظر في طريقة أبي حنيفة في استنباط الاحكام الشرعية الى كتاب  
الاستاذ لامبير في القانون المقارن ص ٣٥٣ وما بعدها ؟ ومن رأى الاستاذ  
لامبير أن ما يشر به الفقيه الفرنسي ( جني ) من وجوب استنباط الاحكام  
القانونية بطريق البحث العلمي الحر هو ما سار عليه أبو حنيفة فعلا في استنباط  
الاحكام الشرعية .



سيما عند اهل الرأي من ائمة المصادر للشريعة الاسلامية ، لا يقل  
عن الكتاب والسنة ، بل يزيد عليها من حيث الحلول التفصيلية .  
وكان عمل ائمة المذاهب وتلاميذهم متجها في معظمه الى تسجيل  
فقه من تقدمهم وتجميعه مع تنظيمه ووضع على اسس منطقية<sup>(١)</sup>  
واذا كان لهذا العهد الثالث عمل انشائي في الفقه ، فقد كان ذلك  
في التعريفات التفصيلية ، وفي محاولة ادخال قواعد العداة والمصلحة  
العامة مصدراً جديداً للشريعة الاسلامية ، باسم الاستحسان عند  
أبي حنيفة والمصالح المرسلة عند مالك ، وفي وضع مبادئ علم  
اصول الفقه واول كتاب معروف فيه رسالة للشافعي . ومن  
المبالغة ان نرى في هذه المذاهب المتعددة مدارس مختلفة في الفقه ،  
فقد كانت متفقة الى حد كبير في الأسس والمبادئ الرئيسية ،  
ويكاد ينحصر الخلاف في بعض الفروع التفصيلية . على ان ائمة  
هذه المذاهب قد تلقى بعضهم الفقه عن البعض الآخر واهتدى

عمل الفقه الانشائي:  
الاستحسان المصالح  
المرسلة وعلم أصول  
الفقه

اتصال ائمة المذاهب  
بعضهم ببعض الآخر

(١) ومن هنا كان الاجماع كمصدر للشريعة الاسلامية ضرورة طبيعية لا  
حاجة فيها الى سند من كتاب أو سنة ( وقد رأينا كيف حاول الفقهاء العثور  
على هذا السند ) فانه لما كان الفقه والقضاء مصدرين للشريعة الاسلامية ،  
وتعددت الفقهاء والقضاة ، وجب تنظيم حركة الفقه والقضاء ، واستخلاص  
ما استقر عليه الرأي فيها ، والاخذ به باعتباره اجماعاً .

بهديه، فمحمد رحل الى المدينة وأخذ عن مالك، كما اخذ الشافعي عن مالك ومحمد، واخذ احمد بن حنبل عن الشافعي، ولو لا تمصّب فقهاء كل مذهب اذهبه، لاسيما المتأخرين من الفقهاء، لاندجبت كل هذه المذاهب واسبحت مذهباً واحداً ينتظم أهل السنة جميعاً.

سبب ارتفاع شأن الفقيه  
تدوين الفقه  
الدولة العباسية

ورجل هذا العهد الثالث هو الفقيه، ففيه تركزت حركة الاجتهاد وعنه صار المسلمون يأخذون شريعتهم، وساعد على ذلك ان تم تدوين الفقه في هذا العهد، وان الدولة القائمة هي الدولة العباسية، وهي الدولة التي أصطبغت بالصبغة الدينية، وأخذت بيد الفقيه ورفعته أعلى الدرجات. بز الفقيه القاضي<sup>(١)</sup>، ومنع من ظهور

(١) أما أن الفقيه كان يمارع القاضي فذلك ما يدل عليه كثير من الخصومات التي كانت تقوم بين الفقهاء والقضاة كما وقع لابي حنيفة وابن أبي ليلى. وأما أن الفقيه ظفر بالقاضي فبذل عليه أن القاضي صار يقلد الفقيه، وإذا حاول الاستقلال في قضائه من طريق الاجتهاد لا يستطيع. وقد نقل الاستاذ عرنوس في كتابه تاريخ القضاء ص ٨٥ ما يؤيد ذلك، قال: «ولما رأى يوسف بن عبد المؤمن صاحب بلاد المغرب المتوفى سنة ٦١٩ كثرة الخلاف بين الفقهاء، وما نشأ من ذلك من التمصّب للمذاهب، أمر برفض فروع الفقه، وأن الفقهاء لا يقتنون إلا بالكتاب العزيز أو السنة النبوية، ولا يقلدون أحداً، وان تكون أحكام القضاة بما يؤدي اليه اجتهادهم في

المشرع<sup>(١)</sup> ، وانفرد بحلق في سماء القانون .

تغلبه القاضي والمشرع

وقد كان الخير في أن يبقى هذا المزاج الموفق بين الفقه والقضاء

ضد انفراد الفقيه

في تكوين الشريعة الإسلامية ، وهو ما شاهدناه في العهد الثاني

فان الفقيه لما استأثر بالامر في العهد الثالث ابتعد عن الحياة

العملية<sup>(٢)</sup> واكثر من الفروض الخيالية ، فجمد الفقه ، وفقد ما

الكتاب والسنة والاجماع والقياس ، ولكن ذلك لم يدم طويلاً ، بل عاد الحال كما كان بعد وفاة هذا الأمير .

( ١ ) وقد حابل ابن المقفع ان يدفع المذنب الى تقنين أحكام الشريعة الإسلامية فلم ينجح ، وما ذكره له في كتابه الذي رفعه اليه ، « فلورأى أمير المؤمنين أ يأمربه هذه الاقضية والسير المختلفة ، فترفع اليه في كتاب ، ويرفع معها ما يحتاج كل قوم من سنة أو قياس ، ثم نظر أمير المؤمنين في ذلك ، وأمضى في كل قضية رأيته ، ينهى عن القضاء بخلافه ، فكتب بذلك كتاباً جامعاً ، رجواً ان يجعل الله هذه الاحكام المختاطة الصواب بالخطأ حكماً واحداً صواباً ورجوياً ان يكون اجتماع السير قريباً لاجماع الامر برأى أمير المؤمنين وعلى لسانه . » ( تاريخ القضاء ( ص ٨٥ )

( ٢ ) . يمكن البعد عن القضاء بعد تنزهها ومفخرة عند بعض الفقهاء . جاء

في كتاب ضحى الاسلام جزء ٢ ص ١٨٤ : « كانت هناك نزعة عند بعض

العلماء ترى ان في تولى الوظائف السلطانية تعريض الدين للخطر ، حتى ان

كثيراً من المحدثين لا يروون حديث من تقرب الى السلطان ، وان كثيراً

عابوا ابا يوسف من اجل توليه القضاء والحكايات من هذا القبيل كثيرة ،

يغذيه من عناصر الحياة الخارجية (١)، ثم وقفت حركته، وأقفل باب الاجتهاد (٢). فإذا اريد الاصلاح وجب ان يرجع للقضاء. شأنه، وان يفتح في الفقه باب الاجتهاد من جديد. وان يقوم التشريع الى جانب الفقه والقضاء، فتغذى الشريعة الاسلامية من هذه المصادر الثلاثة (٣)

قال محمد بن جرير الطبري: انه قد تحانى حديث ابى يوسف قوم من اهل الحديث، من اجل غلبة الراى عليه وتفريعه الفروع والاحكام، مع صحبة السلطان وتقلده القضاء. ولعل السببين معا كما هما الباعثان لابي حنيفة على امتناعه من تولى القضاء في العهد الاموي... وفي للدولة الدباسية، (١) انظر راى الاستاذ لامبير في غرر الاخذ بالراى اذا لم يرشده وتسده

عناصر الحياة الخارجية في كتابه في القانون المقارن ص ٣٦١

(٢) بعد ان رتب طبقات الفقهاء، فطبقة المجتهدين في الشرع، وطبقة المجتهدين في المذهب، وطبقة المجتهدين في المسائل التي لانس فيها عن صاحب المذهب، وأصحاب التخريج، وأصحاب الترجيح، وأصحاب المميز، وطبقة المقلدين. وبمذ وصلنا الى طبقة المقلدين أقفل باب الاجتهاد.

(٣) ولما كان الاجماع هو المظم للفقه والقضاء فيما مر بنا. ويتدخل في الراى والقياس اذ ليس هذان الاقها وقضاء، فانه من المستطاع أن يكون الاجماع منظماً للتشريع أيضاً، وقد سبقت الاشارة الى ذلك. فالاجماع اذن يأتي بعد الكتاب والسنة (وهما بمثابة دستور للشريعة الاسلامية) لينظم كلا من الفقه والقضاء والتشريع.

## مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني

مقارنة بين الشريعة  
الرومانية  
نصيب الفقهاء والفقه

(أولاً) بدأ القانون قضاء وانتهى فقها كما قدمنا ، اما الشريعة الإسلامية فقد بدأت فقها وقضاء وانتهت فقها ، فهي تشترك مع القانون الروماني في النهاية ، وتختلف في البداية . وقد يكون الخلاف في البداية راجعاً الى ان الفقه الاسلامي وجد منذ نشوء الشريعة الإسلامية نظاماً قانونياً متماسكاً ، دعامة الكتاب والسنة ، في حاجة الى تفسير فقهي . اما القانون الروماني ، فقد بدأ عادات غير محدودة ، فكان لا بد ان يتقدم القضاء الفقه حتى يوجد النظام القانوني الذي يفسره الفقه .

والقضاء كان ابعد أثراً في تكوين القانون الروماني منه في تكوين الشريعة الإسلامية .

أما الفقه فأثره في تكوين الشريعتين واحد . ويشبه الفقه الاسلامي الفقه الروماني في انه بدأ مثله بمدرستين ، وتكون في نحو قرنين ، وتدعم بأئمة اعلام ختموا العهد الخصب في تكوين الفقه ، هم أئمة المذاهب في الفقه الاسلامي ، وهم الفقهاء الخمسة المعروفون في الفقه الروماني . ولكن يلاحظ ان الفقه الاسلامي بقي زاهراً بعد أئمة المذاهب مدة طويلة ولم يكن الامر كذلك في الفقه الروماني .



( ثانيا ) لم تسلك الشريعة الاسلامية في نموها الطريق الذي سلكه الفقه الروماني ، فان هذا القانون بدأ عادات كما قدمنا ، ونمی وازدهر من طريق الدعوى والاجراءات الشكلية اما الشريعة الاسلامية فقد بدأت كتابا منزلا ووحيا من عند الله ، ونمت وازدهرت من طريق القياس المنطقي والاحكام الموضوعية (١) . وقد خالطت قواعد العدالة القانون الروماني ( في القانون البريطاني وقانون الشعوب ) ، وقابل ذلك في الشريعة الاسلامية الاستحسان والمصالح المرسلة وديوان المظالم وان كانت أقل امعانا في التوغل واضعف اثرا . وفقهاء المسلمين كفقهاء الرومان شادوا الشريعة الاسلامية على الجزئيات والفروع ، ولم يستخلصوا منها الاصول والمبادئ العامة الا القليل النادر ( كما في الاشباه والنظائر ) الا ان فقهاء المسلمين امتازوا على فقهاء الرومان ، بل

نمو القانون الروماني  
من طريق الاجراءات  
ونمو الشريعة من  
طريق الاحكام  
الموضوعية :  
قواعد العدالة  
الجزئيات والفروع  
اصول الفقه

( ١ ) على أن كل مصادر الشريعة الاسلامية قابلة للتطور ، وقد تطورت بالفعل ، ففي الكتاب الناسخ والمنسوخ ، وفي السنة هذا أيضاً ، على أن السنة لم تتحدد الا في القرن الثالث بعد أن كثرت نسبة الحديث للنبي عليه السلام مما أدخل في السنة عنصراً كبيراً من المرونة ( انظر لامبير في القانون المقارن ص ٣٢٠ ) وفي الاجماع تطور إذ ان الاجماع ينسخ الاجماع ، وفي القياس ( اي الرأي والفقه والقضاء ) تطور ولا ادل على ذلك من مذهبي الشافعي والراقي والمصري .

امنازوا على فقهاء العالم ، باستخلاصهم اصولا ومبادئ عامة من  
نوع آخر هي اصول استنباط الاحكام من مصادرها ، وهذا ما نسموه  
بعلم اصول الفقه . . .

### ١١٩ - القانون الانجليزي

يكاد لا يوجد قانون هو من صنع "القضاء" كالقانون الانجليزي ،  
ويكاد لا يوجد قانون اثر الفقه في تكوينه ضئيل كهذا القانون .  
وقد يعال ذلك بالا تبارات الآتية :

اسباب تأثير القضاء  
في القانون الانجليزي  
(١) عدم وجود  
اساس لحركة فقهية  
(٢) وجود العادات ،  
(٣) العقلية الانجليزية  
(٤) علو مكانة القضاء

(١) لم تتأثر الانجليز بالقانون الروماني الا الى حد محدود ، ولم  
يكن عندها قانون سماوي يكون اساسا لحركة فقهية كما تم ذلك  
في الشريعة الاسلامية (٢) لم يكن امام الانجليز اذن غير العادات  
السكونية والعادات النورماندية تبدا بها شريعتهم : وحيث  
يكون القانون مجموعة من العادات ، فان القضاء هو خير اداة  
لتقريرها ، نتمس الناس التقرير لرسمي لهذه العادات في قضاء  
المحاكم (٣) والعقلية الانجليزية اثر كبير في جعل القضاء مصدرا  
للقانون ، فهي عقلية عملية ، تتجاف عن النظريات والتفكير المنطقي  
وتسكن الى الحقائق الواقعة ، وعقلية كهذه تجد قانونها في القضاء  
لا في الفقه .

لا يكاد يكون للفقه اذن نصيب في تكوين القانون الانجليزي

لا سيما في المصور السالفة ، واذا وجد في المصور الحديثة بعض فقهاء من الانجليز انقطعوا لافقه وتخصصوا للدراسة النظرية ففي الماضي لم يكن هناك فقيه انصرف لافقه الخالص ، بل كان بعض القضاة والمحامين يقومون بعمل بعض المؤامرات الفقهية التي تغلبت فيها الصبغة العلمية .

فالقضاء هو الذي كون القانون الانجليزي واصبح مصدره الرسمي . ولم تكن القوة الملزمة للقضاء الا نتيجة لأحكام القضاء نفسها ، فلقضاء الانجليزي هو الذي فرض نفسه ، واخذ الناس بالسوابق القضائية وساعده على ذلك أنه كان قليل العدد ، كبير الكفاية ، عزيز المسكن الاجتماعية ، فبنى من التقاليد ما جعل الناس تألف احترام احكامه ، وتدرج في هذا الطريق حتى اصبحت احكامه ملزمة .

ويمكن تقسيم القضاء الانجليزي الى ثلاثة عهود :

العهد الاول  
توحيد المبادئ

( العهد الاول ) من وقت الفتح النورماندي في النصف الاخير من القرن الحادي عشر الى قيام محاكم ( العدالة ) في القرن الرابع عشر . وفي هذا العهد انشأ النورمانديون محاكم عامة للبلاد ، بعد ان كانت المحاكم محلية ، وصارت هذه المحاكم تنتقل من جهة الى اخرى ، ثم تتجمع في لندن . وهذه هي المحاكم التي وضعت اساس

القانون الانجليزي فانها وحدت العادات المتضاربة المختلفة في البلاد الانجليزية . وصاغت من هذه العادات الموحدة مبادئ القانون الانجليزي المعروف باسم « القانون العام » فالقانون العام اساسه اذن العادات القديمة ، ولكن القضاء الانجليزي تناول هذه العادات المتفرقة المهمة المتناقضة فجمع شتاتها ، ووضع معالمها ، وصاغها قانونا قابلا للتطبيق وقد انقسمت الآراء في تحديد نصيب القاضي في صنع « القانون العام » ففريق ( على رأسه هيل وبلاكستون ) يرى ان القاضي لم يصنع القانون العام ، بل ان هذا القانون هو وليد العادات ، والقاضي يكشف عن هذه العادات ويقررها قانونا ، فيذهب فريق آخر ( على رأسه اوستن ودائس ) الى ان القاضي هو الذي صنع ( القانون العام ) ، وان العادات ليست الا مصدرا تاريخيا للقواعد القانونية لا مصدرا رسميا لها ، ولكن النظرية الحديثة تأخذ بالقدر الصحيح في كل من النظريتين ، فجمال « للقانون العام » الانجليزي مصدرين . العادات والقضاء ، فتارة كان القاضي يري أمامه عادات موجودة وما عليه الا ان يطبقها ، فهو في هذه الحالة يكشف عن القانون ويقرره ، لا ينشئه ويصنعه ، وطورا كان يتفقد القاعدة القانونية فلا يجدها في عادات محدودة واضحة ، فيضع القاعدة بعد ان يحرر

المادات ويهذبها وهو في هذه الحالة ينشئ القانون ويصنعه ،  
لا يكشف عنه ويقرره . .

العهد الثاني :  
قانون المدالة

(العهد الثاني) من وقت قيام محاكم « المدالة » في القرن الرابع عشر  
حتى وقت توحيد « قانون المدالة » و « القانون العام » في اواخر  
القرن التاسع عشر : والسبب في قيام « محاكم المدالة » هذه ان  
« القانون العام » كان شديد التعقيدات ، كثير الاوضاع  
والاشكال ، بطيء التطور فأنشأ « مستشار الملك ديوانا ينظر  
في المظالم ، وينصف الناس من جمود « القانون العام » وما زال  
هذا الديوان يتسع ويتحدد اختصاصه حتى انقلب محاكم تأخذ  
بقواعد المدالة ، غير مقيدة بتقاليد « القانون العام » وما تضمنه  
من أوضاع واشكال<sup>(١)</sup> وصارت الاحكام التي تصدرها « محاكم  
المدالة » سوابق قضائية ملزمة ، لا يجوز الانحراف عنها في  
القضايا المتماثلة « فمحاكم المدالة » هي التي خلقت إذن « قانون  
المدالة » . ولا يرد هنا الخلاف الذي ورد في « القانون العام » هل  
هو من صنع القضاة او هو وليد المادات ، فلا شك في ان

(١) انظر في بعض الامثلة الى كتاب الاستاذ محمد فواد مهنا باللغة  
الفرنسية في « نصيب القاضي في صنع القانون الانجائري وفي صنع الشريعة  
الاسلامية » باريس سنة ١٩٣٠ ص ٧٨ ص ١٠١ .



« قانون العدالة » هو من صنع القضاء .

العهد الثالث :  
توحيد قانون العدالة  
والقانون العام

( العهد الثالث ) من وقت توحيد « قانون العدالة » « والقانون العام » الى وقتنا هذا : رأينا نشوء « قانون العدالة » وتطوره ونموه ، حتى صار قانونا مستقلا الى جانب « القانون العام » له محاكم تطبيقه ومؤلفات تشرحه . وبقي ينافس « القانون العام » حقبا طويلة ، وهو يتقوى وتستقر مبادئه على الزمن . وقد أخذت كفته ترجح كفة « القانون العام » منذ القرن السابع عشر ، فأصبح من حق « محاكم العدالة » ان توقف تنفيذ حكم صادر من « محاكم القانون العام » واصبحت القاعدة إذن ان « القانون العام » لا ينفذ إلا حيث لا يصطدم مع « قانون العدالة » وفي هذا ظفر عظيم « لمحاكم العدالة » « ولمبادئ العدالة » وقد تم تسجيل هذا الظفر في اواخر القرن التاسع عشر ، إذ صدر قانون في سني ١٨٧٣ - ١٨٧٥ يمزج « محاكم العدالة » بمحاكم « القانون العام » ، ويخلق منها نظاما واحداً ، يطبق « القانون العام » في النواحي التي لم يدخل عليها « قانون العدالة » تمديلا ، وإلا فقانون العدالة هو الذي يطبق . وهكذا اختلط « القانون العام » « بقانون العدالة »<sup>(١)</sup> وصار قانونا واحداً هو في الواقع

(١) كما امتزج القانون المدني بالقانون البريطوري في القانون الروماني .

من صنع القضاء.

## المبحث الثاني

الفقه والقضاء في القوانين الحديثة

١٢٠ - نزعتاه مختلفتان في القوانين الحديثة

أما في القوانين الحديثة فنصيب الفقه والقضاء يختلف حسب النزعة المتغلبة . وهناك نزعتان مختلفتان في القوانين الحديثة ، النزعة السكسونية والنزعة الرومانية .

النزعة السكسونية :  
القضاء يتخذ

فالنزعة السكسونية تسود حيث يوجد القانون الانجليزي ، في بريطانيا وأمريكا وأستراليا وجنوب إفريقيا والهند وغيرها من البلاد وهي لا تقيم للفقه وزناً كبيراً ، ولكنها تأخذ بالقضاء فتجعله من أهم المصادر الرسمية للقانون .

النزعة الرومانية :  
القضاء والفقه  
يتعاونان

والنزعة الرومانية تتجلى في البلاد اللاتينية كفرنسا وإيطاليا وإيطاليا وإسبانيا ، وتتجلى كذلك في البلاد الجرمانية كالمانيا والنمسا وهولندا وسويسرا . وهذه النزعة لا تعطى للقضاء هذا الشأن الكبير ، فلا تجعله مصدراً رسمياً للقانون<sup>(١)</sup> ولكنها تعني به

(١) على أنه يوجد نص في القانون السويسري يقضي بأن القاضي إذا لم يجد نصاً في القانون ينطبق على القضية التي أمامه يحكم فيها كما لو كان هو المشرع وطلب إليه أن يضع القاعدة القانونية التي تنطبق على القضية .

فتجمله مصدراً تفسيريًا هاما . اما الفقه فيرتفع عندها الى مكانة  
تداني مكانة القضاء فهو إذا لم يكن مصدراً رسمياً للقانون فإن له  
شأنا كبيراً كمصدر تفسيري . فالفقه والقضاء في هذه البلاد  
مكائهما واحدة من حيث هما مصدران تفسيريان .  
ونختار القانون الانجليزي ممثلاً للزعة السكسونية ، والقانون  
الفرنسي ممثلاً للزعة الرومانية .

#### ١٢١ — الفقه والقضاء في القانون الانجليزي الحديث

اما الفقه فلا شأن له في تكوين القانون الانجليزي كما قدمنا ،  
وإن كان هناك من الشواهد ما يدل على ان رجال القانون في  
انجلترا أخذوا يهتمون بالفقه ، فان التوسع في تدريس القانون في  
الجامعات كان من شأنه أن يضرب البعض الى دراسة القانون  
دراسة فقهية ، ومن أشهر فقهاء الانجليز في هذا العصر الحديث  
بولوك وداليسي وهوليد وأنسون . وليكن الفقيه لا يزال بعيداً  
عن التأثير في القانون الانجليزي ، بله تكوينه ، ولا يزال القانون  
الانجليزي بمن صنع القاضى ومن صنع المشرع .

: الفقه :  
ليس له شأن

ولا بشأن لنا بالمشرع في هذا المقام ، وإنما يقف عند القاضى .  
فقد قدمنا أن « القانون العام » « وقانون العبدالة » امتزجا وصلا  
قانوناً واحداً تطبقه المحاكم الانجليزية على اختلاف درجاتها ، وعلى

: القضاء :  
السوابق القضائية  
ملزمة

رأى هذه المحاكم مجلس اللوردات ، ثم محكمة الاستئناف ، ثم محاكم اول درجة . وتقضي القاعدة بأن قضاء مجلس اللوردات ملزم لهذا المجلس ولسائر المحاكم الانجليزية وبعبارة أخرى يعتبر قضاء مجلس اللوردات قانوناً يجب تطبيقه في القضايا الماثلة ، ويلتزم بتطبيقه محاكم اول درجة ومحكمة الاستئناف ومجلس اللوردات نفسه . وقضاء محكمة الاستئناف يلزمها ويلزم محاكم اول درجة باعتباره قانوناً يجب تطبيقه في القضايا الماثلة . أما قضاء محاكم اول درجة بالنسبة لهذه المحاكم وبالنسبة لمحكمة الاستئناف وللمجلس اللوردات فيعتبر قانوناً ملزماً لا يجوز مخالفته إلا إذا توافر شرطان ، الشرط الاول أن يأتي هذا القضاء مخالفاً للقانون او العدالة ، والشرط الثاني ألا يكون قد مضى عليه وقت طويل حتى لا تطمئن بالناس الى استقراره وتجري تعاملها على مقتضاه<sup>(١)</sup> .

---

(١) أما قضاء المحاكم الاخرى ، كالمحاكم الايرلندية والمحاكم الامريكية ومحكمة استئناف المستعمرات ، فهو غير ملزم للمحاكم الانجليزية وانما تأنس به هذه المحاكم على النحو المتبع في البلاد اللاتينية والجرمانية . ويلاحظ ان قضاء مجلس اللوردات ومحكمة الاستئناف ومحاكم اول درجة لا يكون ملزماً الا في المبادئ القانونية التي يكون تقريرها ضرورياً للفصل في القضية التي

ونرى من ذلك الى أي احد وصل احترام القضاء في القانون  
الانجليزي وكيف أن المحاكم الانجليزية تأخذ بالسوابق القضائية  
باعتبارها قانونا ملزما ، وقد يصل الامر الى ان مجلس اللوردات  
وهو أعلى محكمة قضائية ، يتقيد بقضاء محاكم اول درجة ، ولا  
يجوز له ان ينحرف عن هذا القضاء الا بالشرطين المتقدم ذكرهما  
ولما كان القضاء الانجليزي على هذا القدر من الاهمية ، فقد  
جمعت السوابق القضائية في مجلدات ضخمة ، يرجع اليها رجل  
القانون في انجلترا كما يرجع رجل القانون في فرنسا الى نصوص  
التقنينات الفرنسية وترجع هذه السوابق القضائية في القدم الى  
القرن الثالث عشر .

مجموعات السوابق  
القضائية

#### ١٢٢ - الفقر والقضاء في القانون الفرنسي الحديث

للفقه في القانون الفرنسي مكانة اعظم بكثير من مكانة الفقه  
في القانون الانجليزي ، أما القضاء فمكاته في القانون الاول تقل  
عن مكاته في القانون الثاني فهذا الارتفاع من مكانة الفقه ، وهذا  
النقل في مكانة القضاء ، يقرب الشقة بينهما ويجعلها متداني

---

ورد فيها هذا القضاء ، اما المبادئ القانونية التي يقرها القضاء على سبيل  
التبسط والتوسع فهي غير ملزمة ( انظر في القضاء الانجليزي سالون في علم  
اصول القانون لندن سنة ١٩٢٥ الطبعة السادسة ص ١٥٩ - ١٧٨ )



الأثر في القانون الفرنسي . والفقه والقضاء ، كلاهما مصدر  
تفسيري في القانون الحديث وليس بمصدرين رسميين كما كان الأمر  
في القانون الروماني وكما هو في القانون الانجليزي بالنسبة  
للقضاء .

القضاء :  
السوابق القضائية

وإذا كان القضاء في فرنسا قد أخذت أهميته تزداد شيئاً فشيئاً  
وقد اقترب منه الفقه ، فتارة يقتني أثره وطوراً يسير في طبيعته ،  
فانه لا يزال من الناحية النظرية معادلاً للفقه من حيث انه  
مصدر تفسيري لا مصدر رسمي ، وان كان من الناحية العملية  
يمتاز على الفقه في أن احكامه هي التي تنفذ على المتقاضين على  
أن السوابق القضائية في فرنسا يستأنس بها ، وليست ملزمة كما  
هو الأمر في إنجلترا على ما قدمناه ، وكثيراً ما تصطدم المحاكم  
الاستئنافية مع محكمة النقض في احكامها ، بل كثيراً ما تعذل  
محكمة النقض نفسها عن المبادئ التي قررتها . ولا يكون حكم  
محكمة النقض ملزماً إلا في حالة خاصة ، هي أن تنقض حكماً ،  
وترجع القضية الى المحكمة الاستئنافية ، فتقضي فيها ، ويرفع  
نقض آخر عن الحكم الثاني لنفس الاسباب الاولى ، فتقضي  
محكمة النقض في دوائرها المتجذبة في هذا النقض ، فان قضت  
بنقض الحكم الثاني لنفس الاسباب التي نقضت من اجلها

الحكم الاول ، فان المحكمة التي تحال اليها القضية تلتزم بتطبيق المبدأ القانوني الذي قرره محكمة النقض في هذه القضية دون غيرها ، فان لم تفعل ، ورفع نقض عن الحكم الثالث ، فان محكمة النقض نفسها تلتزم بتطبيق المبدأ الذي قرره . ونرى من ذلك الى اي حد ضيق يكون حكم محكمة النقض ملزماً . على انه حتى في هذا الحد الضيق ، لا يكون حكمها ملزماً باعتبارها قانوناً يطبق على القضايا المماثلة ، بل هو ملزم بمعنى انه واجب التطبيق في قضية معينة بالذات . والفرنسيون حريصون على الا يجعلوا احكام القضاء قوانين ملزمة احتراماً لمبدأ فصل السلطات ، فالسلطة القضائية ليس من وظائفها ان تشرع ، بل هي تقتصر على تفسير القوانين وتطبيقها . وقد حرمت المادة الخامسة من القانون المدني الفرنسي على القضاة ان يحكموا في القضايا المماثلة وقد كان هذا الحق ثابتاً للمحاكم الفرنسية القديمة التي كانت تدعى « بالبرلمانات » فتزع هذا الحق من المحاكم ، حتى لا تكون سلطة قضائية وسلطة تشريعية في وقت واحد <sup>(١)</sup>

(١) على ان القضاة ( اذا لم يجد نصاً يطبقه في قضية معينة ) قد يستلجئ بالحكم القانوني من مصادرة الاختصاص ( فهو في هذه الحالة يشرع ) ولكن بشرط ان لا يتجاوز على قضية معينة .

وكذلك الفقه في فرنسا ليست مهمته ان يشرع ، ولا يوجد في  
القانون الفرنسي الحديث ، كما وجد في القانون الروماني ، فقهاء  
تكون فتاواهم ملزمة للقضاء ، كما ان الفقهاء المجتهدين لا تعتبر  
أقوالهم مصدرا رسميا للقانون كما كان شأن الاجتهاد في  
الشرعة الاسلامية . فمهما عظمت منزلة الفقيه لا يكون رأيه  
ملزما للقضاء ، بل ان القاضي يستأنس برأي الفقيه ، وله بعد ذلك  
ان يأخذ به اولا يأخذ ، فالفقيه في فرنسا يفسر القانون ولكنه  
لا يصنعه . . . . .

تعاون القضاء والفقه

ورى من ذلك ان الفقه والقضاء في فرنسا يتعاونان على تفسير  
القانون وتطبيقه تطبيقاً صحيحاً بما تقتضيه المبادئ العلمية  
والحاجات العملية . ثم ان الفقه بعد ذلك لا يكون ملزماً للقضاء  
كما ان القضاء لا يكون ملزماً للفقه ، فالسبيل مفتوح أمامها  
للتعاون والرقابة . فالقاضي يتعاون مع الفقيه ويراقبه . والفقيه  
يتعاون مع القاضي ويراقبه . ورأى كل منهما . بل رأى كليهما .  
لا يكون ملزماً باعتباره قانوناً . وان كان له من الوزن ما يسمح  
بالتأثير في القانون تأثيراً عظيماً . وكثيراً ما يكون الرأي الذي  
يجمع عليه الفقه والقضاء مصدراً تاريخياً للقانون وان لم يكن  
مصدراً رسمياً . وهذا التعاون ما بين الفقه والقضاء في فرنسا هو

من خير الوسائل لترقية القانون ، وقد قدمنا ان لكل من الفقه والقضاء مزايا وعيوباً ، فالتماون يوفر المزايا ويجنب العيوب ، فيكون الفقه والقضاء كل منهما مكمل الآخر .

انزال الفقه عن  
القضاء في القرن  
التاسع عشر

على ان هذا التمان ليس قديماً . فقد كان الفقه والقضاء ، في الجزء الاكبر من القرون التاسع عشر ، بعيدين احدهما عن الآخر . يعيش الفقه وحده بين جدران الجامعات ، بمعزل عن القضاء الذي تطبقه المحاكم . وقد نشأ عن عزلة الفقه هذه ان صار فقهاً خيالياً بعيداً عن الحياة العملية . ونشأت مدرسة فقهية هي مدرسة (الشرح على المتن) ، لا تسترف الا بالنصوص التشريعية مصدرها للقانون ، تعقت عندها ، ولا تنظر ما وراءها . فالنصوص وحدها هي التي تتضمن القانون . ويجب تفسير هذه النصوص بما ينطبق على نية المشرع الحقيقية وقت وضع هذه النصوص . ولا يبالون بعد ذلك بالمصادر الاخرى للقانون مادامت لم تدخل في نطاق التشريع . ولا يكثر ثون بتطور النظم الاجتماعية ، وبما له من اثر في النصوص التشريعية . فعندئذ ان المبرق بنية المشرع الحقيقية وقت وضع التشريع ، لا بنيتة المحتملة وقت تطبيقه . وبقيت هذه المدرسة تدور الفقه الفرنسي طوال القرنين التاسع عشر ، الى ان اصبح الفقه تعبيراً خيالياً عن القانون . واصبحت

بدراسته في الجامعات دراسة نظرية ، لا تمت بصلة الى الحياة العملية . اما التعبير الحى عن القانون فيلتبس في القضاء . وقد أدرك الفقهاء المحدثون هذه الحقائق فهجروا المدرسة التقليدية ( مدرسة الشرح على المتون ) واقتربوا من القضاء ، ونظروا الى القانون وهو يطبق في الحياة العملية . فوجدوه شيئاً آخر غير القانون الذي يشرح في الكتب . وعلموا أن القانون ليس محصوراً في النصوص التشريعية ، وإن هناك مصادر أخرى للقانون على الفقه وعلى القضاء ان يستنبط منها ما تعجز النصوص التشريعية عن توليده من القواعد القانونية . وكان القضاء بفكره مدركاً لهذه الحقيقة . علماً بمقتضاها . فاقرب الفقه من القضاء واخذوا في التماس على النحو الذي قدمناه <sup>(١)</sup>

١٢٣ - تصنيف الفقه والقضاء في تفكير القانونى المصرى  
مصادر القانون  
المصرى :

القانونى المصرى مأخوذ من مصادر مختلفة ، أهمها مصدران ،

(١) والمؤلفات الفقهية في القانون الفرنسى كثيرة ، منها المطول والمختصر ، وقد اشتهر الفقه الفرنسى بوضوحه وبمحسن ترتيبه . ومن أهم المطولات الحديثة في الفقه المدنى بودرى وبلائيول ، ومن أهم المختصرات بلائيول وكولان مع كاييتان وبجوسران . ولا يخفى اهم القضاء في فرنسا مجموعات كثيرة اشتهرها ديالوز وشيرى .



القانون الفرنسي والشرعة الإسلامية : المصدر الأول أخذ  
عنه المشرع المصري قانون المعاملات المدنية والقوانين التجارية  
والبحرية والجنائية وقوانين الاجراءات . والمصدر الثاني أخذ  
عنه قانون الاحوال الشخصية .

والقانون الفرنسي مصدر تازيخي للقانون المصري . أما الشريعة  
الإسلامية فهي مصدر رسمي .

الاحوال الشخصية

أما نصيب الفقه والقضاء في تكوين قانون الاحوال الشخصية  
فهو نفس نصيبها في تكوين الشريعة الإسلامية . وقد تقدم  
بيان ذلك .

وكذلك نصيب الفقه والقضاء في تكوين قانون المعاملات  
المدنية والقوانين الأخرى هو نفس نصيبها في تكوين القانون  
الفرنسي . إلا أنه مما يجدر ذكره هنا أن المشرع المصري ، عندما  
نقل تقنيناته عن التقنينات الفرنسية ، أخذ في بعض المسائل  
بالقضاء الفرنسي لا بالتشريع . مثل ذلك الهبة في صورة البيع  
وجواز تخفيض أجر الوكيل فيكون للقضاء الفرنسي التالي  
للتشريع أثر مباشر في تكوين القانون المصري .

المعاملات

الفقه والقضاء مصدران تفسيريان لا مصدران رسميان :

الفقه والقضاء مصدران

تفسيريان

أما وقد وجد القانون المصري . وكان نصيب الفقه والقضاء

في تكوينها هو القدر الذي ذكرناه ، فإن الفقه والقضاء الآن  
لا يقدوان أن يكونا مصدرين تفسيريين للقانون المصري ،  
وأيضا مصدرين رسميين . فالترعة الرومانية اللاتينية ، لا النزعة  
السكسونية ، هي المتغلبة في مصر .

الفقه والقضاء في القوانين الأهلية والمختلطة .

هما مصدران تفسيريان كما قدمنا . تستأنس بهما المحاكم الأهلية  
والمحاكم المختلطة في تفسير القانون . ولكن لها أن تأخذ بهما أو  
تدعهما كما تفعل المحاكم في فرنسا .

وليس القضاء الأهلي في مصر ملزما إلا في حالة واحدة ، هي  
أن يطعن في حكم بطريق النقض فينقض ، وتحال القضية إلى  
المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه لتحكم هذه المحكمة فيها  
من جديد . ففي هذه الحالة يتحكم على المحكمة التي أحيلت إليها  
القضية أن تتبع حكم محكمة النقض والابرام في المسألة القانونية  
التي فصلت فيها هذه المحكمة وحكم محكمة النقض ملزم في هذه  
القضية بالذات دون غيرها . كما تقدم ذلك في قضاء محكمة النقض  
الفرنسية .

الفقه والقضاء الفرنسيان

نعم على أن المحاكم المصرية ، كما تستأنس بالفقه والقضاء المصريين ،  
كثيرا ما تستأنس بالفقه والقضاء في فرنسا . ويرجع السبب في

ذلك الى ان القوانين المصرية مأخوذة من القوانين الفرنسية كما  
 قدمنا : فتفسير الفقه والقضاء الفرنسيين للقوانين الفرنسية يصلح  
 في اغلب الاحيان تفسيراً للقوانين المصرية . ثم ان الفقه والقضاء  
 في مصر لا يزالان في مراحلها الاولى من التقدم ، وهما بعد كثيراً  
 التقليد للفقه والقضاء الفرنسيين ، سيما التأثير بهما ، فتؤثر المحاكم  
 المصرية في كثير من الاحوال ان ترجع الى الاصل دون التبع .  
 و نرى من ذلك ان الفقه والقضاء في حاجة الى استكمال نصوصهما  
 حتى يتمكننا من الاستقلال والاستعانة عن المصادر  
 الاجنبية .

فالفقه المصري ليس له طابع شخصي ، ويكاد يكون تقليداً  
 محضاً للفقه الفرنسي ، على وفرة المؤلفات الفقهية والرسائل  
 والمجلات في القانون المصري في جميع فروعها ، من اهلي ومختلط  
 وعلى اختلاف المؤلفين من مصريين واجانب . ( ونسنا نذكر  
 ما قامت به أساتذة القانون وغيرهم من جهود جائلة فتحت الباب  
 لمن اتى بعدهم يرسم خطاهم . الا اننا اصبحنا بحمد الله طموحاً  
 تبغى الدنو أبداً من الكمال . ولا تزال المرحلة التي قطعناها على  
 أنفسنا من جهودنا ومبتغى صغيرة الى جنب المراحل التي بقي علينا  
 ان نجتازها . واذا كنا قد وفقنا الى تأدية الفقه الحديث في لغة

عربية صحيحة غير مضطربة وغير سقيمة.. فقد بقي امامنا  
خطوتان أخريان أجل شأننا وأكبر خطورا. علينا أولا ان «نمصر»  
الفقه فنجهله فقرا مصريا خالصا نرى فيه طابع قوميتنا ونحس  
اثو عقليتنا. ففقهنا حتى اليوم لا يزال هو ايضا محتلة الاجنبى .  
والاحتلال هنا فرنسى، وهو احتلال ليس بأخف وطأة ولا بأقل  
عتيا من اى احتلال آخر . لا يزال الفقه المصري يتلمس فى الفقه  
الفرنسى الهابدي المرشد ، لا يكاد يتزحزح عن افقه او يتحرف  
عن مسراره . فهو ظله اللصقى وتابعه الامين . فاذا قرر لنا ان  
نستقل بفقهنا . وان نفرغه فى جو مصرى ، يشب فيه على قدم  
مصرية ، وينحصر بمفومات ذاتية . بقى علينا ان نخطو الخطوة  
الاخيرة فنخرج من الدائرة القومية الى الدائرة العالمية . ونؤدى  
قسطا مما نرضه علينا الانسانية ضريبة فى سبيل تقدم الفقه  
العالمى أو ما اصطلاح الفقهاء على تسميته بالقانون المقارن . . . .  
(ومن ام الوسائل فى الوصول الى ذلك العناية بالشريعة الاسلامية)  
شريعة الشرق ، ووحى الهامه ، وعصارة اذهان مفكره ،  
نبتت فى صحرائه ، وترعرعت فى سهوله ووديانه ، فهى قبس من  
روح الشرق ، ومشكاة من نور الاسلام ، يلتقى عندها الشرق  
والاسلام فيضيء ذلك بنور هذا ويسرى فى هذا روح ذلك .

حتى ليمزجان ويهيئان شيئاً واحداً . هذه هي الشريعة الإسلامية لو طُئت اكنافها، وعبدت سبلها، لكان لنا في هذا التراث الجليل ما ينفخ روح الاستقلال في فقهاءنا وفي قضائنا وفي تشريعنا ، ثم لأشرفنا . نطلع العالم بهذا النور الجديد ، فنضيء به جانباً من جوانب الثقافة الإسلامية في المانون .<sup>(١)</sup>

وكذلك القضاء المصري فهو لا يزال يستمد غذاءه من القضاء الفرنسي ، ويكاد لا يستغنى عنه ، واثبات كان قد وصل في طريق الاستقلال الى مرحلة أبعد من مرحلة الفقه ، سواء في ذلك القضاء الأهلي والقضاء المختلط ، لا سيما بعد أن أنشئت محكمة النفس الأهلية ، وتهذبت المجموعات التي تنشر بها الاحكام القضائية الأهلية والمختلطة<sup>(٢)</sup>

انزال الفقه عن  
القضاء في مصر

تعلل ان الفقه والفقهاء في مصر لا يزالان يعيشان كل منهما بمعزل عن الآخر ، ولا صلة بينهما الا أنها ينهلان من مصدر واحد ، هو

(١) من الكلمة الافتتاحية لكتابنا : « النظرية العامة لالتزامات — الجزء الأول في نظرية العقد »

(٢) وأهم هذه المجموعات المجموعة الرسمية ونجدة المحاماة في القضاء الأهلي ومجموعة التشريع والقضاء المختلط وجازيت المحاكم المختلطة في القضاء المختلط .



الفقه والقضاء الفرنسيان . والطريق مفتوح لجهود مشتركة منظمة ، يتعاونون في بثها الفقه والقضاء . فاذا عني القضاة بكتابة احكامهم على اسس فقهية متينة ، وبشر هذه الاحكام ، وعني الفقهاء ، بالتعليق على احكام المحاكم والاستئناس بها فيما يقررونه من المبادئ الفقهية ، وتيسر لرجال الفقه ان يعيشوا في بيئة قضائية ، ولرجال القضاء ان يعيشوا في بيئة فقهية ، فان هذا الامتزاج لا شك محدث اكبر الاثر في تهذيب كل من الفقه والقضاء . »

١٢٤ - الفقه والقضاء في قانون الاموال الشخصية :

بالرغم من أن الفقه والقضاء كان لهما اثر كبير في تكوين الشريعة الاسلامية ، شريعة الاثوال الشخصية ، فانها الآن في مصر ليست الا مصدرين تفسيريين ، وليست لهما الا أهمية ثانوية حتى بهذا الاعتبار .

قضاء المحاكم الشرعية

أما قضاء المحاكم الشرعية فليس من شأنه الا ان يطبق احكام الشريعة الاسلامية على الاقضية التي تعرض لهذه المحاكم . والقضاة الشرعيون مقيدون — عدا مسائل معينة مذكورة في نصوص تشريعية — بان يأخذوا بأرجح الأقوال من المذهب الحنفي . فهم مقابلون لا يجتهدون ، ومقلدون في مذهب واحد ، وفي قول من هذا المذهب فلا يجب اذا لم يمكن القضاء الشرعي اثر كبير في

النهوض بالشريعة الإسلامية ، والاخذ بها في طريق التطور ،  
حتى تماشي مقتضيات المدنية الحاضرة. وتجمع مجلة المحاماة الشرعية  
احكام القضاء الشرعي من عهد غير بعيد.

الفقه الشرعي

أما الفقه الشرعي فهو بعيدٌ بُعد القضاء عن التأثير في الشريعة  
الإسلامية. وفقهاء الشريعة الإسلامية في مصر في العصر الحاضر  
كلهم مقلدون ، وان كان عند البعض نزعة الى الاجتهاد . وامام  
هذا الفريق الأخير هو الأستاذ الامام المرحوم الشيخ محمد  
عبد ، فقد كان لمؤلفاته وفتاواه الحرة المطابقة لروح العصر أثر  
كبير في تبيينه الفقهاء إلى وجوب فتح باب الاجتهاد من جديد .  
على ان احداً من الفقهاء المعاصرين لا يكاد يجرؤ أن ينسب الى  
نفسه الاجتهاد ، مهما اشتدت نزعته الى ذلك ، لما تأصل في فكرة  
جمهور الفقهاء من ان باب الاجتهاد قد أقفل الى الأبد ، وفي هذا  
من الجمود على القديم ما نهى الله عنه ، وما لا يتفق مع سنة التطور  
التي يخضع لها القانون .

ولبعض فقهاء الشريعة الإسلامية فضل كبير في كتابة بعض  
أبواب الفقه الإسلامي ملخصاً في اسلوب عصري ، قريب التناول ،  
سهل الفهم على جمهور المعلمين وقدمت هذه الكتب والرسائل  
والمقالات لدراسة الشريعة الإسلامية في المعاهد الأزهرية ،

وكثيراً ما يستعان بها في المحاكم عند الرجوع الى احكام الشريعة  
الاسلامية في الاحوال الشخصية والمعاملات والوقف .  
وقد قن المرحوم قدرية باشا هذه الاحكام ، واستعان  
في ذلك بجهود بعض الفقهاء . وكانت تقنيناته هذه هي الاساس  
الذي بنى عليه الفقهاء الذين تقدمت الاشارة اليهم اكثرنا كتبوه ،  
فكانت تقوم التقنينات عندهم مقام النصوص التشريعية . وندع  
جهود فقهاء الهندو والمستشرقين ، فهي غير محسوبة ضمن الحركة  
الفقهية في مصر . ويلاحظ ان بعض الجهود الفقهية التي اشرنا  
اليها صدرت من علماء غير مختصين في الفقه الاسلامي كالمرحوم  
قدرية باشا ، والبعض الآخر صدر من مختصين ولكنهم تخرجوا  
من معاهد غير الازهر . أما المعهد الازهري فله ان يفخر بان  
يكون الاستاذ الامام وتلاميذه الاعلام من متخرجيه ، على انه  
يحمل في عنقه امانة هذه الشريعة المحمدية وعليه ان يضطلع بهذه  
المسئولية الخطيرة في الجيل الحاضر كما اضطلع بها في الاجيال الماضية

١٢٥ - القضاء والفقه في العراق :

اما القضاء في العراق فلا يزال ، بعد استقلال البلاد ، في اول  
مراحل تطوره . وهو يمالج كل يوم مشا كل خطيرة . ويوفق  
في احكامه بين مبادي المجلة في دائرة القانون المدني ، ومبادي

القانون الفرنسي في دائرة القانون التجاري والقوانين الأخرى ،  
ويبذل في ذلك جهوداً كبيرة . وهو متى استكمل وسائل الرقي  
بما يبذل من جهد ، لا يتردد في معالجة القضية على وجه يوفق  
فيه بين العلم والعمل .

وكذلك الفقه في العراق لا يابث ان يساير القضاء ويعاونه ،  
متى توافر للمهضة القانونية الحاضرة في العراق اسباب التقدم .  
على ان فقه الشريعة الإسلامية يجد في العراق أيضاً خصبة ، ففي  
هذه الارض نما الفقه الاسلامي وازدهر . ولا يزال باب الاجتهاد  
مفتوحاً عند فريق من المسلمين ، وقد لا يتأخر اليوم الذي يفتح  
فيه هذا الباب من جديد عند جميع المسلمين ، ويسترد العراق  
مكانته الاولى ، فيعود مناراً للفقه الاسلامي .

# الباب الثالث

## فروع القانون

١٢٧ - تقسيم القانون الى قانون دولي وقانون داخلي :

ينقسم القانون انقساماً اولياً الى قانون دولي (droit international)

وقانون داخلي (droit interne) .

القانون الدولي

فالقانون الدولي ينظم الروابط الاجتماعية فيما بين أكثر من

القانون الداخلي

دولة واحدة . والقانون الداخلي ينظم هذه الروابط داخل

دولة واحدة .

## الفصل الأول

- القانون الدولي

١٢٨ - تقسيم القانون الدولي الى عام وخاص :

وينقسم القانون الدولي بدوره الى قانون دولي عام

[ droit international public ] وقانون دولي خاص [ droit international privé ]

القانون الدولي العام

فالقانون الدولي العام ينظم الروابط العامة ما بين دولة وأخرى .

القانون الدولي الخاص

والقانون الدولي الخاص ينظم الروابط الخاصة ما بين الافراد

المنتمين الى دول مختلفة .



## الفرع الاول القانون الدولي العام

١٢٩ - مسائل القانون الدولي العام :

قدمنا أن القانون الدولي العام ينظم الروابط العامة ما بين الدول<sup>(١)</sup>. ولما كان لكل دولة سيطرتها المستقل، وكان لا بد لكل دولة ان تتصل بالأخرى، فلعلاقات التي تنشأ ما بين هذه الدول المستقلة لا بد ان تنظم، والقانون الدولي العام هو الذي يتولى تنظيمها. فحقوق الدولة في الساطان، وفي البقاء، وفي المساواة، وفي الملكية، وفي القضاء، كل هذه ينظمها القانون الدولي العام. كذلك ينظم هذا القانون ما يجري بين الدول من تعامل بطريق التمثيل السياسي والتمثيل القنصلي، وما يتم بينها من معاهدات واتفاقيات، وما تتبعه من وسائل لفض النزاع ما بينها بالطرق الودية كالمفاوضات والتحكيم. وهذه هي الروابط الدولية وقت السلم، ولذلك سميت القواعد التي تنظم هذه الروابط بقانون السلم.

قانون السلم

( ١ ) ونرى ان يدخل ايضاً في دائرة القانون الدولي العام القواعد التي تنظم الروابط ما بين الافراد المنتمين الى دولة معينة وبين دولة اخرى اجنبية. عن الاولى باعتبارها سلطة عامة. وهذا ما يعبر عنه عادة بمحقوق الاجانب في الدولة.

قانون الحرب والمهاد

فاذا ما نشبت الحرب بين دولة واخرى ، فالملاقات ما بين الدولتين المتحاربتين ، من كيفية اعلان الحرب والاسلحة التي يجوز استعمالها ومعاملة الاسرى والمفاوضة اثناء الحرب وطرق انتهاء الحرب وغير ذلك ، ينظمها قانون الحرب أما الدول الاخرى التي لا تدخل الحرب فتكون علاقتها بالدولتين المتحاربتين علاقة حياد ، وعلاقة الحياد هذه ، وما يتفرغ عنها من جواز ضبط المهربات الحربية والحصار البحري وغير ذلك ، ينظمها قانون الحياد.

الهيئات الدولية الكبرى

وقد تخضت الحرب الكبرى عن هيئات دولية جديدة ، أهمها عصبة الامم ومحكمة العدل الدائمة ونظام العمل الدولي . فتشكيل هذه الهيئات واختصاصاتها والاجراءات التي تتبعها في القيام بهذه الاختصاصات ، كل هذا يدخل ضمن قواعد القانون الدولي العام .

١٣٠ - مصادر القانون الدولي العام :

ولا يزال القانون الدولي العام في المراحل الأولى من نموه وتطوره . وهو يذكرنا في حالته الراهنة بما كان عليه القانون الداخلي في الازمان السابقة من نقص في وسائل تنفيذه وأخذ الناس بأحكامه . فهو اليوم ، كما كان القانون الداخلي بالأمس ، يقوم على العادات والمعاهدات ، أي على ما ارتضته الدول ضمناً

العادات والمعاهدات

بحكم العرف ، او صراحة بحكم الاتفاق . وقد اخذ الفقه والقضاء  
 يكونان مصدرين له . أما الفقه فقد بدأ منذ القرن السابع عشر .  
 وقد رأينا كيف أن جروسيوس (Grotius) الفقيه الهولندي  
 المعروف هو الذي أسس القانون الدولي الحديث على مبادئ  
 القانون الطبيعي ، وتماقت بعده فقهاء القانون الدولي بدسطنية  
 أصوله ويقررون احكامه . اما القضاء فقد اخذ يتغلغل في القانون  
 الدولي في العصر الحاضر من طريق التحكيم ، الذي بدأ يكون  
 اختيارياً ، وهو يتطور الآن ليكون اجبارياً ، وعهد بتأدية  
 العدالة الدولية الى هيئات وقتية ، تطورت بعد ذلك الى هيئات  
 دائمة ومحاكم ، وقد وقع تطور نظير ذلك في العدالة داخل  
 الدولة .

فالقانون الدولي يسير في الطريق الذي سلكه القانون الداخلي .  
 ولا يزال القانون الدولي ينقصه شيئان جوهريان توافرا للقانون  
 الداخلي . الشئ الاول هو وجود هيئة تشريعية دولية ، تسن  
 قوانين تلزم الدول . وهذه الهيئة التشريعية الدولية لم توجد حتى  
 الآن ، ولا نستطيع أن نلتمسها في عصبة الأمم . فهذه العصبة  
 ليست دولة فوق الدول ، بل هي مؤتمر دائم يجتمع فيه الدول ،  
 في شئ من التنظيم والاضطراد ، يكفله تشكيل هيئات دائمة

عدم وجود هيئة  
 تشريعية دولية

لهذا المؤتمر . مع الانضمام الى عصبة الامم والخروج منها اختياري  
موكول الى ارادة الدول اعضاء هذه العصبة . وهي اذا انضمت  
لا تلزم بتشريع تسننه العصبة الا اذا رضيت به واخذ شكل  
معاهدة او اتفاقية . والشئ الثاني هو وجود جزاء تطبقه سلطة  
عليامع الدول التي تخرق القواعد الملزمة من القانون الدولي .  
وذلك انه لا توجد قوة دولية تقوم بتنفيذ ما يقرره القانون الدولي  
من الاحكام ، حتي ما ارتضته الدول من هذه الاحكام بطريق  
المعاهدات والاتفاقيات . واذا كان عهد العصبة قد قرر ضرباً  
من العقوبات الاقتصادية والعسكرية مع من يخالف هذا العهد  
فان هذه العقوبات لا توقعها سلطة دولية ، بل توقعها كل دولة  
محافظة بنكامل سلطاتها .

انتقال القانون  
الدولي الى قانون  
دستوري

على أنه اذا استمر تطور القانون الدولي ، وبقي مضطرباً الى  
حد الوصول الى الهيئة التشريعية الدولية والى السلطة الدولية  
الى توقع الجزاء ، فالقانون الدولي في ذلك الوقت لا يبقى دولياً ،  
اذ تكون الدول قد اندمجت في ضرب من الوحدة ، واصبح  
اقانون الذي ينظم ما بينها من روابط قانوناً دستورياً لا قانوناً  
دولياً .

## الفرع الاول

القانون الدولي الخاص .

### ١٣١ - مسائل القانون الدولي الخاص

تنازع الاختصاص  
وتنازع القوانين

رأينا ان القانون الدولي الخاص ينظم الزوابط الخاصة مما بين الافراد المنتمين الى دول مختلفة<sup>(١)</sup> فأية قضية تشتمل على عنصر اجنبي قد تثير مسألة من مسائل القانون الدولي الخاص . والكثير من القضايا لا تشتمل على عنصر اجنبي فلا تثار فيها قوانين القانون الدولي الخاص . مثل ذلك عراقى يرهن لى ارضاً في العراق مملوكة له ، فأي نزاع يقوم بشأن هذا الرهن يمرض على محكمة عراقية ، ويطبق فيه القانون العراقي ، لكن اذا فرض ان الارض الموهونة ليست في العراق بل في فرنسا ، وهي مملوكة لفرنسي رهنا لعراقي في العراق ، وقام نزاع بشأن هذا الرهن فهل يرفع هذا النزاع امام محكمة عراقية ، هذا هو السؤال الاول ، ثم

(١) الادق ان نقول ان كل قضية تثير احتكاكاً ما بين قضاء دولتين أو قانون دولتين ، فيقتضي الأمر ان نحدد أي قضاء هو المختص وأي قانون هو الواجب التطبيق ، تدخل في دائرة القانون الدولي الخاص ، حتى لو كان الخصوم ينتمون جميعاً الى دولة واحدة .



إذا قلنا بجواز رفع النزاع امام محكمة عراقية ، بقي ان نعرف  
اي قانون تطبقه المحكمة العراقية على هذا النزاع ، انطبق القانون  
العراقي باعتباره قانونها او باعتباره قانون احد الخصمين ، ام  
تطبق القانون الفرنسي باعتباره قانون الخصم الآخر او باعتباره  
قانون محل العقار ! هذا هو السؤال الثاني : <sup>(١)</sup>

والقانون الدولي الخاص هو الذي يجيب على كل من السؤالين ،  
فيحدد عند تنازع الاختصاص المحكمة المختصة ، ويحدد عند تنازع  
القوانين القانون الواجب التطبيق .

اما تنازع الاختصاص فمن الامثلة عليه ما يأتي : انجليزي اجترف  
التجارة في العراق ثم افلس ، واعلنت محكمة عراقية افلاسه .  
رجع الانجليزي بعد ذلك الى انجلترا وثار نزاع بينه وبين أحد  
دائنيه عرض على محكمة انجليزية . فهذه المحكمة تبث اولا فيما

تنازع الاختصاص

---

( ١ ) ولو فرض أن كلا من الراهن ، المرتهن عراقي ، ولكن الأرض  
المرهونة في فرنسا ، فتنازع الاختصاص وتنازع القوانين باق على حاله كما في  
المثل المتقدم ، ولو ان الخصمين ينتميان الى دولة واحدة ، لأن القضية دخل  
فيها عنصر اجني ( هو وجود الأرض المرهونة في فرنسا ) أوجب احتكاكا  
ما بين القضاء والقانون في دولتين ، دولة العراق التي ينشئ اليها الخصمان ودولة  
فرنسا التي توجد بها الأرض المرهونة ( انظر الحاشية السابقة ) . . .

إذا كانت المحكمة العراقية التي أعلنت الإفلاس مختصة في نظرها بإعلان إفلاس هذا التاجر . مثل آخر : لنفرض ان انجليزيا في العراق رفع دعوى طلاق على امرأته امام محكمة عراقية ، فحكمت له بالطلاق ، وذهب الى انجلترا بعد ذلك وتزوج من أخرى . ثم ثار نزاع بينه وبين مطلقة في صحة الطلاق ، وعرض النزاع على محكمة انجليزية ، فهذه المحكمة تبث أولا فيما اذا كانت المحكمة العراقية التي حكمت بالطلاق مختصة بهذا الحكم في نظرها .

تنازع القوانين

أما تنازع القوانين فيعرض في المثليين المتقدمين : في المثل الاول عندما تمان المحكمة العراقية إفلاس التاجر الانجليزي ، اي القانونين تطبق ، القانون الانجليزي ام القانون العراقي ؟ وفي المثل الثاني عندما تدعي المحكمة العراقية باطلاق هل تطبق في قضائها هذا الشريعة الاسلامية وهي قانون العراق في الاحوال الشخصية او القانون الانجليزي وهو قانون الزوجية ؟

ومن القواعد المتفق عليها في القانون الدولي الخاص ما يأتي :

(١) الشكل يطبق فيه قانون محل . مثل ذلك عراقي كتب وصية في فرنسا . ثم عرض أمر صحة الوصية على محكمة عراقية . فالمحكمة العراقية تعتبر الوصية صحيحة من حيث الشكل اذا توافرت فيها الشروط الشكلية التي يتطلبها القانون الفرنسي وهو

الشكل

قانون المحل الذي كتبت فيه الوصية .

الاحوال الشخصية

(٢) في الاحوال الشخصية يطبق قانون الجنسية او قانون الوطن عند الانحياز . مثل ذلك عراقي مسلم رفع دعوى طلاق على امرأة امام محكمة فرنسية . فالمحكمة الفرنسية تطبق في هذه الدعوى الشريعة الاسلامية . قانون جنسية الزوجين .

المعار

(٣) في المعار يطبق قانون محل المعار . مثل ذلك عمار في فرنسا يملكه عراقي ورهنه . وعرض نزاع بشأن الرهن امام محكمة عراقية . فالمحكمة العراقية تطبق القانون الفرنسي . وهو قانون محل المعار .

١٢٢ - طبيعة قواعد القانون الدولي الخاص والفرق بينها

وبين القانن الدولي العام :

وتبين مما تقدم ان قواعد القانون الدولي الخاص هي في الواقع من الامر قوازين داخلية لا دولية . فكل دولة لها قواعدها ، تطبقها محاكم هذه الدولة كما تطبق اي قانون داخلي آخر . وتستمد هذه القواعد من التشريع او من القضاء او من الفقه او من اي مصدر آخر من المصادر المعروفة للقانون .

الفروق بين القانون  
الدولي العام والقانون  
الدولي الخاص

ويتضح من ذلك ان هنك فرقاً جوهرياً بين قواعد القانون الدولي الخاص وقواعد الدولي العام ، فالاولى قوازين داخلية كما

قدمناه ، تطبيقها المحاكم الداخلية . وقد يكون مصدرها التشريع ،  
ولها جزاء بخلاف قواعد القانون الدولي العام فقد رأينا ان  
لها محاكم دولية تطبيقها ولا مصدر لها من التشريع ، وليس لها  
جزاء .

النزعة الى توحيد  
قواعد القانون  
الدولي الخاص

على ان هناك نزعة واضحة ترمي الى توحيد قانون الدولي الخاص  
عند جميع الدول لما بتوحيد التشريع او بمقتضى اتفاقيات وفي  
الحالة الاخيرة تكسب قواعد القانون الدولي الخاص صبغة  
دولية ، لا من حيث طبيعتها فحسب باعتبارها قواعد تنظم  
روابط ذات صبغة دولية ، بل من حيث مصدرها ايضا اذ نصير  
قواعد تستمد قوتها من المعاهدات الدولية .

## الفصل الثاني

### القانون الداخلي

١٣٣ - تقسيم القانون الداخلي الى خاص وعام

القانون العام

وينقسم القانون الداخلي كما ينقسم القانون الدولي الى قانون  
عام ( Droit public ) وقانون خاص ( Droit prive ) .

القانون الخاص

فالقانون العام ينظم الشؤون الداخلية للدولة والسلطات العامة  
التي تشمل عليها وعلاقة الافراد بها . والقانون الخاص ينظم

الروابط الخاصة ما بين الافراد داخل الدولة .

الفرع الاول

القانون العام

١٣٤ - اقسام القانون العام :

ويشتمل القانون العام على الاقسام الآتية :

القانون الدستوري

١ - القانون الدستوري ( droit constitutionnel ) وهو

القانون الذى يقرر حقوق الفرد في الدولة ويحدد شكل الدولة وينظم سلطاتها العامة ويبين علاقات هذه السلطات بعضها مع البعض الآخر وعلاقتها مع الافراد .

القانون الاداري

٢ - القانون الاداري ( droit administratif ) وهو فرع

من القانون الدستوري ويقتصر من السلطات العامة على السلطات الادارية، فيبين النظم التي تقوم عليها ويحدد علاقاتها مع السلطات الاخرى وعلاقتها مع الافراد

القانون المالي

٣ - القانون المالي ( droit financier ) وهو فرع من القانون

الاداري ويقتصر من السلطة الادارية على الناحية المالية منها فيبين نظام ميزانية الدولة ودخلها من ضرائب وممتلكات خاصة وتخدم ثوديتها وقروض، وخرجها من ضروب الصرف على المرافق العامة.



٤ - القانون الجنائي أو قانون العقوبات ( droit pénal )

القانون الجنائي

ويبين الجرائم المعاقب عليها في الدولة وقدر العقوبة في كل جريمة فهو يحدد علاقة الفرد بالدولة من ناحية الأعمال المنهي عنها والتي اذا ارتكبها الفرد اعتبر خارجاً على المجموع واستحق العقاب

٥ - قانون الاجراءات الجنائية ( او قانون المرافعات الجزائية )

( droit de procedure penale ) وهو فرع من القانون الجنائي

ويبين الاجراءات التي تتبع لتطبيق احكام القانون الجنائي كاجراءات التحقيق مع المتهم واحالته على المحكمة واجراءات محاكمته والاحكام الجنائية وطرق الطعن فيها وكيفية تنفيذها .  
وهنا نحن نستعرض كل قسم من هذه الاقسام في ايجاز تام

## المبحث الأول

القانون الدستوري

١٣٥ - مسائل القانون الدستوري

حقوق الفرد

قد منا أن الدستور يحدد شكل الدولة وينظم سلطاتها العامة ويبين علاقات هذه السلطات بعضها ببعض الاخرى وعلاقاتها مع الافراد، وحقوق الفرد في الدولة<sup>(١)</sup> فاخذي المسائل التي

(١) ونرى ان يدخل في دائرة القانون الدستوري القواعد التي تحدد

يبحث القانون الدستوري هي حقوق الفرد في الدولة . وقد قامت الديمقراطية الحديثة على ان الفرد له حقان جوهريان : الحرية والمساواة . والحرية تشمل على الحرية الشخصية وحرية التملك وحرمة المسكن وحرية الرأي وحرية الدين وحرية الاجتماع وحرية التعليم . والمساواة تتضمن المساواة امام القضاء والمساواة في التوظيف والمساواة امام التكاليف العامة

شكل الدولة

ثم يبحث القانون الدستوري عناصر الدولة الاربعة ( وهي جماعة من الناس واقليم وتنظيم وساطان ) وشكل الدولة من نواح مختلفة ( ملكية وجمهورية ، استبدادية وديمقراطية وديكتاتورية برلمانية وغير برلمانية ، بسيطة وعهدية الخ الخ )

السلطان العامة

ثم يحدد القانون الدستوري السلطات العامة التي تتألف منها الدولة ، وهي السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية والسلطة القضائية ، ويبين كيف تتألف كل سلطة منها والاعمال التي تقوم بها والصلات التي بين كل سلطة بأخرى ، وعلاقة كل سلطة بالافراد .

ونلاحظ ان القانون الدستوري بالتحديد المتقدم يتسم حتى

الشروط الواجب توافرها في الافراد حتى ينتموا الى دولة معينة ، وهذا ما يميز عنه عادة قانون الجنسية .

يندمج فيه القانون الاداري والقانون المالي والنظام القضائي . الا  
ان المادة قد جرت ان تفصل هذه الفروع عن القانون الدستوري  
ويختص كل فرع منها بإبحاث خاصة مستقلة تسهيلا للدرس .

١٣٩١ - القانون الدستوري العراقي . . . . .

وسمى بالقانون الاساسي العراقي لما جاء ذكره في المعاهدة التي  
ابرمتها إنجلترا مع العراق لتحل محل الانتداب . عقب الثورة ، في  
تشرين الاول سنة ١٩٢٢ . فتدور في المادة الثالثة من هذه  
المعاهدة ان لا تلغى قانون اساسي تعرض على المجلس العراقي ،  
ويكون من شأنها الا تتناقض مع احكام المعاهدة ، وان تكفل  
حقوق جميع سكان العراق ومصالحهم ، وان تقر حرية للرأي  
وحرية الدين وحرية التعليم والمساواة بين السكان .  
فألفت ، بناء على ذلك ، لجنة من عراقيين وإنجليزيين ،  
وحضرت اللائحة المذكورة ، ثم تألفت لجنة اخرى اعادت النظر  
باللائحة . ودعى المجلس التأسيسي في سنة ١٩٢٤ لاقرارها . وقد  
اقرها المجلس ، واصدر القانون الاساسي في سنة ١٩٢٥ .

ترتيبه . ويتضمن القانون الاساسي العراقي بابا يقرر حقوق الشعب ،  
اي حقوق الفرد في الدولة التي سبقت الإشارة اليها . وبابا ثانيا  
يقرر حقوق الملك ووراثة العرش . وبابا ثالثا يضع احكام السلطة

لتشريعية من تأليف واختصاص واجراءات تتبعها عند القيام  
بها . وبابا رابعا في الوزارة وما يجري عليه من احكام في ادارة  
شؤون الدولة . خامسا في السلطة القضائية . وبابا سادسا في  
الامور المالية . وبابا سابعا في ادارة الاقاليم .

واختتم القانون الاساسي العراقي بابواب ثلاثة ، اولها يقر  
القوانين العثمانية التي كانت معمولاً بها وقت صدور الدستور ،  
مع مراعاة ما ادخل عليها من تعديلات بموجب البيانات  
والنظامات والقوانين التي اصدرها القائد العام للاتوات البريطانية  
في العراق والحاكم الملاكى العام والمندوب السامي والملاك فيصل .  
والباب الثاني ينص على الاحكام التي يجب مراعاتها في تعديل  
القانون الاساسي . والباب الثالث يتناول مسائل متنوعة ؛ منها  
اعلان الاحكام العرفية ، ومنها تحديد الجهات المختصة بتفسير  
القانون الاساسي وتفسير القوانين الادارية .

وقد جاء هذا القانون الاساسي ، في نصه العربي ، على شيء  
من الغموض والتناقض ، يقتضي بعض الغناء في تفسيره .

## المبحث الثاني

## القانون الإداري والقانون المالي

## ١٢٧ - مسائل القانون الإداري والقانون المالي

يتناول القانون الإداري تنظيم السلطة التنفيذية كما قدمنا .  
ومن الممكن ان ننظر الى السلطة التنفيذية نظرتين : النظرة  
الاولى نظرة الى شيء ثابت لا يتحرك ، فيحلل الى عوامله الاولى  
ويحدد لكل عامل ما يقوم به من الوظائف (le point de vue  
statique) .

والنظرة الثانية نظر الى شيء يتحرك ويعمل ، فتبين الوسائل التي  
يتدرج بها في العمل le point de vue  
dynamique وبحسب النظرة الاولى ،

الهيئات الادارية

تحدد الهيئات الادارية ، وهي الدولة في القمة ، ويلها الهيئات  
الاقليمية ، ثم المجالس البلدية والمحلية والقروية ، ثم المؤسسات  
العامة . وكل هيئة من هذه الهيئات لها وظائف تقوم بها ،

وظائفها

ومرافق عامة تتولى ادارتها . ثم هناك طريقتان للإدارة ، طريق  
المركزية centralisation ، وبمقتضاه تتركز الادارة في يد الدولة ،  
ولا تعطى للهيئات الإقليمية ولا للمجالس البلدية الا قسط

ضئيل من الاستقلال الذاتي ، وطريق اللامركزية decentralisation

وبمقتضاه تتخلى الدولة عن كثير من شؤون الادارة المحلية



للمؤسسات الاقليمية والمحجاس البلدية ، فستمتع هذه بقسط كبير  
من الذاتية الادارية .

وبحسب النظرة الثانية ، تعمل الادارة من طريق موظفيها ،  
وهؤلاء عندما يقومون بواجباتهم توصف اعمالهم بأنها اعمال  
ادارية ، وتستعين الدولة في القيام بواجباتها بالاموال العامة .

الموظفون

فهنالك مسائل ثلاث : (١) الموظفون ، والقواعد التي تنظم  
علاقتهم بالدولة ، وهل هذه العلاقة مدنية او قانونية ، وكيف  
يعينون وكيف يقللون ويستقيلون ، وكيف يحاكمون ، وما هي  
مستوليتهم تجاه الدولة ، ومستوليتهم تجاه الافراد ، ومسؤولية  
الدولة عنهم تجاه الافراد ، وغير ذلك من القواعد الخاصة  
بالوظائف وبالموظفين . (٢) الاعمال الادارية ، وما هي طبيعة

الاعمال الادارية

هذه الاعمال ، وكيف يعز بينها وبين اعمال السلطات الاخرى ،  
وما هي ضروب الرقابة عليها ، وبخاصة الرقابة القضائية ، وغير  
ذلك من الشؤون المتعلقة بالاعمال الادارية . (٣) الاملاك العامة .  
وكيف تحدد ، وما هي مميزاتها ، ولائي نظم قانوني تخضع من  
ناحية التملك والانتفاع ، وما الى ذلك من النظم التي تتبع في  
الاملاك العامة .

الاملاك العامة

هذه هي مسائل القانون الاداري . أما مسائل القانون المالي

الضرائب

اجدو الخدمات

غلة الاموال الخاصة

الفروض

المصاريف

فيمكن حصرها في ميزانية الدولة وهذه تنقسم الى دخل وخرج .  
والدخل له موارد متنوعة ، اهمها الضرائب بمختلف انواعها ،  
ثم ما تتقاضاه الدولة اجراً عن خدمات تؤديها ، ثم ما تستولي عليه  
من غلة لاموالها الخاصة التي يملكها تملك الافراد لاموالهم ،  
ثم القروض اذا لجأت لها الدولة لسد عجز في ميزانيتها او  
لاستغلال مرفق من المرافق العامة ، اما الخرج فهو ما تنفقه  
الدولة على مرفق من المرافق العامة التي تقوم بدارتها . واهم هذه  
المرافق الامن العام والصحة والقضاء والتعليم والشؤون  
الاقتصادية :

١٣٨ - القانون الاداري العراقي والقانون المالي العراقي

القانون الاداري

اما القانون الاداري العراقي فلا يجمعه امكان تقنين واحد ،  
شأن العراق في ذلك شأن اكثر الدول . وانما يتوزع القانون  
الاداري في العراق على قوانين متفرقة ، اهمها القانون الاساسي  
وقد سبقت الاشارة اليه ، ثم طائفة من القوانين تنظم الادارة  
الاقليمية والادارة المحلية وحالة الموظف ، كقانون الالوية وقانون  
البلديات وقانون الخدمة المدنية وقانون الانضباط ، ثم ما يتعلق  
بدائرة التدوين من قوانين ونظم ، وما تصدره من قرارات وفتاوي .  
والقانون المالي العراقي تشتمل عليه قوانين الميزانية المتعاقبة ،

والقوانين التي تقرر الضرائب المختلفة، وغير ذلك من القوانين المتعلقة بالمسائل التي اشرنا اليها.

## المبحث الثاني

قانون العقوبات

وقانون المرافعات الجزائية

١٣٩ - مسائل قانون العقوبات وقانون المرافعات الجزائية

قدمنا ان قانون العقوبات يتناول تحديد الاعمال المنهي عنها اذ فيها خروج على المجتمع وتحديد الجزاء الذي وقع على من ياتي هذه الاعمال.

المسؤولية الجنائية

فهو اولا يحدد قواعد المسؤولية الجنائية، ويبين اركان الجريمة، ثم يتناول الجرائم واحدة بعد اخرى طبقا لتقسيم منطقي يتوخاه، فيحدد اركان كل جريمة، والشروط الواجب توافرها حتى تقع الجريمة. وهو ثانيا يحدد عقوبة لكل جريمة وهي في الغالب عقوبة ذات حدن، حد اعلى لا يجاوزه القاضي، وحد ادنى لا ينزل عنه.

الجريمة

العقوبة

جرائم تقع على الدولة

والجرائم بوجه عام يمكن تقسيمها الى جرائم تقع على الدولة مباشرة، كالجرائم المخلة بأمن الحكومة الداخلي او الخارجي،

وجرائم التمرد والعصيان ، والجمعيات والمطبوعات المضرّة بالامن العام ، والرشوة ، وتزييف المسكوكات : وجرائم تقع على الافراد مباشرة (وتقع على المجتمع بطريق غير مباشر) ، منها الجرائم التي تقع على النفس ، كالقتل والجرح والضرب ، والجرائم التي تقع على المال ، كالسرقة والنصب وخيانة الامانة . والجرائم التي تقع على العرض ، كالوقاع وهتك العرض والزنا والتجريض على الفسق والفجور والقذف والسب .

جرائم تقع على الافراد

اما قانون المرافعات الجزائية فيبين الاجراءات الواجب اتباعها لتطبيق احكام قانون العقوبات . فاذا وقعت جريمة وجب القيام بالتحقيق . فما هي السلطة التي تقوم بالتحقيق ؟ وما هو مدى اختصاصها ؟ وكيف تقوم بالتحقيق ومتى تقبض على المتهم ومتى تقتش منزله ، ومتى تخبسه حبسا احتياطيا ، وكيف نخيله على المحكمة الجنائية اذا جمعت ادلة الادانة . ثم اذا احيل المتهم الى المحكمة ، فكيف يتم محاكمته وما هي القواعد التي تخضع لها الدعوى العمومية منفردة او مجتمعة مع الدعوى المدنية ، وما هي اختصاصات النيابة العمومية ان وجدت والقواعد التي تخضع لها ، وما هي الاجراءات التي تتبع في المحاكم الجنائية من نمو سماع الشهود واقوال المتهم واستحضار الخبراء والانتقال الى محل

التحقيق

المحاكمة

الحكم

الواقعة ان وجدت ضرورة لذلك وسماع اقوال النياية واقوال  
الدفاع . ثم اذا صدر الحكم بأدانة المتهم ، فما هي طرق الطعن في  
هذا الحكم ، من معارضة واستئناف وتميز . ثم اذا اصبح الحكم  
نهائياً ، فكيف ينفذ . هذه هي المسائل التي يتناولها قانون  
المرافعات الجزائية ذكرناها اجمالاً .

التنفيذ

١٤٠ - قانون العقوبات البغدادى وقانون اصول المحاكمات

الجزائية البغدادى

تاريخ قانون العفر  
البغدادى

كان العراق ، عندما كان جزءاً من الامبراطورية العثمانية ، خاضعاً  
لقانون الجزاء العثماني . وقد أخذ هذا القانون عن القانون الفرنسي  
وصدر في سنة ١٨٨٥ بويى معمولاً به في العراق الى عهد الاحتلال  
الانجليزى . ثم رأت السلطة المحتلة ان تصدر قانوناً جديداً يكون  
اكثر ملاءمة لحالة البلد ، فصدر « قانون العقوبات البغدادى »  
في سنة ١٩١٨ ، مأخوذاً من احكام قانون الجزاء العثماني القديم ،  
ومستمدداً من قانون العقوبات المصري الذي صدر في سنة ١٩٠٤ .  
وكلا القانونين مأخوذاً من القانون الفرنسي . إلا ان قانون العقوبات  
المصري الصادر في سنة ١٩٠٤ انطوى على بعض مسائل اخذت  
عن القانونين الهندي والانجليزى . ولا زال « قانون العقوبات  
البغدادى » معمولاً به حتى الآن ، وقد أقره القانون



الاساسي كما قدمنا .

تاريخ قانون أصول  
المحاكم الجزائية  
البغدادي

أما « قانون اصول المحاكم الجزائية البغدادي » ، فقد صدر  
ايضاً في عهد الاحتلال الانجليزي ، في اواخر سنة ١٩١٨ ، وحلَّ  
محل القانون العثماني الذي كان مطبقاً في العراق الى ذلك الحين .  
وقد كان القانون العثماني مأخوذاً من القانون الفرنسي ، كما هو  
الأمير في قانون الجزاء . أما « قانون اصول المحاكم الجزائية  
البغدادي » فقد بني ، كما تقول مذكرته الايضاحية ، « على اساس  
قانون تحقيق الجنايات السوداني » ، الذي وضع بناء على تعليمات  
لورد كيتشنر ، بعد اعادة احتلال السودان بقليل ، وقد ثبت  
صلاحيته لتلك البلاد . أما قانون عقوبات ؟ ( يريد قانون تحقيق  
الجنايات ) السوداني ذاته فقد وضع بوجه عام على اساس قانون  
تحقيق الجنايات الهندي ، ولكنه يحوي نصوصاً ذات اهمية  
متعلقة بتشكيل المحاكم ، وتأيد الاحكام واستئنافها ، اخذت كلها  
من قانون بريطانيا العسكري . ويشمل هذا القانون ايضاً بعض  
نصوص متوضحة بعد ، اخذت من قانون اصول المحاكم  
الجزائية التركي ، الذي يرجع مأخذه النهائي الى قانون اصول  
المحاكم الجزائية الفرنسي .

## الفرع الثاني

### القانون الخاص

١٤١ - أقسام القانون الخاص :

وينقسم القانون الخاص الى ما يأتي :

( ١ ) القانون المدني ( droit civil ) ، وهو اساس القانون

القانون المدني

لخاص، واليه ترجع احكام هذا القانون بوجه عام : ويقوم بتنظيم  
الروابط الخاصة ما بين الافراد بعضها البعض الآخر في المجتمع .

القانون التجاري

( ٢ ) القانون التجاري ( droit commercial ) ويتخصص في

جانب من الحياة المدنية هي الحياة التجارية . فهو يحدد القواعد  
التي تنظم التجارة والتجار في نشاطهم التجاري .

القانون البحري

القانون البحري ( droit maritime ) ، ويتخصص في جانب

من الحياة التجارية ، هي التجارة البحرية . فهو يحدد القواعد التي  
تنظم التجارة في البحار . ومن ذلك نرى ان القانون التجاري جزء  
من القانون المدني ، والقانون البحري جزء من القانون التجاري .

قانون المرافعات

( ٤ ) قانون المرافعات المدنية والتجارية ( droit de proce-  
dure civile et commerciale .

وينظم الاجراءات التي يجب اتباعها لتطبيق احكام القانون المدني

والقانون التجاري .

## المبحث الاول

### القانون المدني

١٤٢ - تمهيد :

نقف قليلا عند القانون المدني ، فهو اساس القانون الخاص كما قدمنا . فنقول كلمة في تقسيماته ومسائله ، ثم نعرض بإيجاز للقانون المدني العراقي .

### المطلب الاول

#### موضوعات القانون المدني

١٤٣ - تقسيم القانون المدني الى قانون الاحوال الشخصية وقانون المعاملات :

القانون المدني ينظر الى الفرد ، وينظر اليه باعتبارين : ( اولا ) باعتباره عضواً في أسرة ، فتتظيم الروابط التي تربطه بهذه الأسرة يدخل في دائرة قانون الاحوال الشخصية . ( ثانياً ) باعتباره عضواً في المجتمع من حيث نشاطه المالي ، وتنظيم الروابط التي تربطه بأفراد المجتمع من هذه الناحية يدخل في دائرة قانون المعاملات . ونتناول كلاً من الدائرتين يبحث وجيزاً .

## ١ - قانون الاموال الشخصية

١٤٤ - تحديد دائرة الاموال الشخصية :

يمكن تحديد دائرة الاحوال الشخصية بأنها الدائرة التي تشمل على شيئين ( أولا ) تحديد شخصية الفرد من الناحية القانونية ( ثانياً ) تنظيم روابط الفرد بأسرته .

١٤٥ - تحديد الشخصية :

تتولد للفرد الشخصية من الناحية القانونية منذ يكون جنيناً . فالجنين له اهلية وجوب ناقصة ، اذ يرث ويوصي له ويوقف عليه ، وهذا كله مشروط بأن يولد حياً . فاذا ما ولد كملت عنده اهلية الوجوب ، ويصبح أهلاً للتمتع بكل الحقوق . وليكنه يكون عديم التمييز . والتمييز هو المحور الذي تركز عليه اهلية الأداء . ويبقى الطفل معدوم اهلية الأداء حتى يصل الي سن التمييز ، فتتوافر عنده اهلية اداء ناقصة ، ويستطيع ان يستعمل حقوقه فيما ينفعه نفعاً محضاً ، ولا يستطيع ان يستعمل هذه الحقوق فيما يضره ضرراً محضاً ، ويستعملها عنه وليه أو وصيه فيما هو دائر بين النفع والضرر . فاذا ما وصل الى سن الرشد كملت عنده اهلية الأداء ، واستطاع ان يستعمل كل حقوقه . إلا اذا لحقه عارض من عوارض الأهلية ، وعوارض الأهلية الجنون

اهلية الوجوب

اهلية الاداء

والعتة والغفلة والسفه ، فيحجر عليه ، وينصب له قيم ، فأهلية الوجوب وأهلية الأداء ، ومراحل الأهلية المتعاقبة ، وسن التمييز وسن الرشد ، والحجر ، والولاية والوصاية والقيام . كل هذه مسائل تدخل في دائرة الأحوال الشخصية <sup>(١)</sup> .

#### ١٤٦ - روابط الفرد بالأسرة :

وتشمل دائرة الأحوال الشخصية أيضاً تنظيم روابط الفرد بأسرته كما قدمنا . والفرد منذ يولد ينتمي إلى أسرة معينة . وهنا تعرض مسائل النسب ، وكيف تثبت النبوة الشرعية . فإذا ما ثبت نسب الولد لأبيه ، التزم الأب بالاتفاق عليه . وللولد حقوق في الرضاع والحضانة حتى يبلغ أشده ، ثم يتزوج . فعقد الزواج وما يتجمل حوله من مسائل (تكوين العقد وشروطه وما يترتب عليه من التزامات في جانب كل من الزوجين ، والمهر والنفقة ، وفتح النكاح من طلاق وخلع وفسخ ، وما يستتبع ذلك من

النسب

الرضاء والحضانة والنفقة

الزواج

( ١ ) كل ما قدمناه يدور حول الشخصية الطبيعية . وتوجد الشخصية المعنوية أو القانونية ( *personnalite juridique* ) إلى جانب الشخصية الطبيعية . فيعطي القانون لمجموعة من الأفراد ، أو مجموعة من المال ، الشخصية المعنوية ، وتستطيع هذه المجموعة بمقتضاها أن تعيش من الناحية القانونية عيشة الشخص الطبيعي ، فتملك ، وتتعاقد ، وتتقاضي . الخ ..



عدة ، وغير ذلك من مسائل الزوجية المعروفة ) ، كل هذا ، الى جانب النسب ونفقة الاقارب والرضاء والحضانة. يدخل في دائرة الاحوال الشخصية .

ويدخل في دائرة الاحوال الشخصية ايضاً الميراث ، اذ ينظم كيف يوزع مال الشخص بعد موته على أفراد أسرته ، بهذا الاعتبار . فالميراث يحدد من هذه الناحية علاقة الفرد بأسرته . ويلحق بالميراث الوصية ، ويلحق بالوصية الهبة ، وكذلك الوقف . هذه هي اهم مسائل الأحوال الشخصية اقتصرنا على استعراضها استعراضاً سريعاً . .

الميراث والوصية  
والهبة والوقف

### ب - قانون الممارات

#### ١٤٧ - سلطة الشخص على المال :

ويمكن ان نركز قانون المعاملات في سلطة الشخص على المال . فيجب اولاً تعريف المال ، ثم تقسيمه الى اقسام متنوعة ، عقار ومنقول ، مثلي وقيمي ، قابل للاستهلاك وغير قابل للاستهلاك ، مادي ومعنوي ، ملك ووقف ومباح وعام الخ ..

تقسيم المال

ثم ان الشخص يتسلط على المال أما بطريق مباشر ، بأن يخول له القانون سلطة معينة على شئ معين ، وهذا هو الحق العيني ( droit reel ) ، او بطريق غير مباشر ، بأن يرتب التزاماً ذا

الحق العيني والحق  
الشخصي

قيمة مالية له في ذمة شخص آخر ، وهذا هو الحق الشخصي .

( droit personnel )

فقانون المعاملات ينقسم اذن الى قسمين رئيسيين : قسم

الحقوق العينية وقسم الحقوق الشخصية .

#### ١٤٨ - الحقوق العينية :

والحقوق العينية تنقسم بدورها الى قسمين : حقوق عينية

اصلية ( droits réels principaux ) وحقوق عينية تبعية ( droits réels accessoires ) .

فالحقوق العينية الاصلية هي الحقوق التي تقوم بذاتها ولا تتبع

حقاً آخر ، والحقوق العينية التبعية هي الحقوق التي تترتب تابعة

لحق آخر ، ولضمان هذا الحق .

الاصلية والتبعية  
حق الملكية

#### ١٤٩ - الحقوق العينية الاصلية :

والحقوق العينية الاصلية يمكن حصرها فيما يلي :

حق الانتفاع

( أولاً ) حق الملكية ( droit de propriété ) : وهو اوسع

الحقوق العينية نطاقاً . ويشتمل على حق الاستعمال وحق الاستغلال

وحق التصرف . ويرد على حق الملكية قيود متنوعة ، اهمها

ذلك القيد العام الذي يرد على كل حق ، وهو عدم جواز التعسف

في استعماله : فالمالك لا يجوز له ان يستعمل ملكه استعمالاً يخرج

به عن الغرض الاجتماعي الذي قرر حق الملكية من اجله .

والملكية إما ان تكون مفرزة او شائعة . فالملكبة المفرزة تقع على عين يملكها شخص واحد ، فتتمحض له الملكبة في كل جزء من اجزائها . والملكبة الشائعة تقع على عين يملكها اكثر من شخص واحد ، فيصبح كل جزء من اجزاء هذه العين مملوكا على الشيوع لأكثر من مالك ، ولا تتمحض ملكبة اي جزء لملك واحد . وينتهي الشيوع عادة بالقسمة . وهي مقررة لامنشئة . وهناك نوع من الملكبة المعنوية اصطلح على تسميته بالملكبة الادبية والفنية والصناعية ، وتشمل حق المؤلف في تأليفه ، وحق الفنان في القطعة الفنية التي ابتدعها ، وحق المخترع في الاختراع الذي كشفه ، وقد سبقت الاشارة الى هذا النوع من الملكبة .

( ثانياً ) حق الانتفاع ( Usufruit ) وحق الاستعمال ( Usage ) وحق السكنى ( Habitation ) . أما حق الانتفاع فيجزء من حق الملكبة ، ويقتصر على حق الاستعمال وحق الاستغلال . وحق الاستعمال جزء من حق الانتفاع ، ويقتصر على الاستعمال الشخصي . وحق السكنى جزء من حق الاستعمال ، ويقتصر على نوع معين من الاستعمال الشخصي هو السكنى . ويلحق بحق الانتفاع حق المستحق في الوقف .

حق الانتفاع

حق الارتفاق

( ثالثاً ) حق الارتفاق ( Servitude ) وهو منفعة مقررة على

عقار لمصلحة عقار آخر . ومن حقوق الارتفاق حق المجرى  
وحق المسيل وحق الشرب وحق المرور وحق المطلق .

أسباب كسب الحقوق  
العينية

هذه هي الحقوق العينية الأصلية وتكسب بالعقد والميراث  
والوصية والشفعة والتقادم وبطرق أخرى لا محل لذكرها هنا .  
فاذا ما كسبت بالعقد وجب شهر هذا العقد ، اي جعله علنياً  
يمكن لكل ذي مصلحة ان يطالع عليه ، ويكون ذلك عادة  
بتسجيل العقد .

#### ١٥٠ - الحقوق العينية التبعية :

أما الحقوق العينية التبعية فهي الرهون على مختلف أنواعها ،  
وهي :

رهن الحيازة (اولا) رهن الحيازة (Nantissement, gage) . وهو عقد  
بمقتضاه يسلم المدين لدائنه عيناً (منقولا او عقاراً) ضماناً لوفاء  
دينه . فاذا تم العقد ، ترتب على العين المرهونة حق عيني للدائن  
المرتهن ، يخول لهذا الدائن ان يتقاضى حقه من ثمن هذه العين  
مقدماً على سائر الدائنين ، وهذا هو حق التقدم (droit de p-  
reference) ، ويخول له كذلك ان ينفذ على العين المرهونة ولو انتقلت  
مليكيته من المدين الى شخص آخر ، وهذا هو حق التتبع  
(droit de suite) . ورهن الحيازة سمي كذلك لان حيازة العين

المرهونة تنتقل من المدين الى الدائن ، وتبقى الحيازة لدى الدائن حتى يستوفي حقه . ويستغل الدائن العين ويقبض غاتها على ان يخصم هذه الغلة من فوائد الدين ثم من اصل الدين .

(ثانياً) الرهن الرسمي (Hypothec) ، ويختلف عن رهن الحيازة فيما يأتي : ( ١ ) لا يكون الرهن الرسمي الا في العقار ، أما رهن الحيازة فيكون في العقار وفي المنقول . ( ٢ ) لا تنتقل حيازة العين المرهونة رهنًا رسميًا الى الدائن ، وتنتقل الحيازة الى الدائن في رهن الحيازة كما قدمنا . ( ٣ ) الرهن الرسمي يجب ان يكتب في عقد رسمي ، ورهن الحيازة يجوز ان يكون في عقد عرفي . ( ٤ ) شهر الرهن الرسمي يكون بالقيود (Inscription) ، اي بتسجيل البيانات الهامة الواردة في عقد الرهن ، أما رهن الحيازة فيكون شهره بالتسجيل (Transcription) اي بتسجيل عقد الرهن تسجيلًا كاملاً حرفيًا .

والرهن الرسمي ، كرهن الحيازة ، يخول للدائن حق التقدم وحق التتبع .

( ثالثاً ) حق الامتياز (Privilege) ، وهو حق يخوله القانون لبعض الدائنين لصفة خاصة في الدين يستحق من اجابها هذه الرعاية . ومن حقوق الامتياز حق امتياز البائع على العين المباعة

الرهن الرتي

حق الامتياز



إذا كان لم يستوفِ الثمن ، فله ان يبيع العين في المزاد ويستوفي حقه مقدماً في ذلك على سائر الغرماء وكذلك حق امتياز المؤجر على المنقولات الموجودة في العين المؤجرة اذا كان لم يستوفِ الاجرة .

#### ١٥١ - الحقوق الشخصية ( او الالتزامات ) :

الحق الشخصي ( او الالتزام ) هو رابطة ما بين شخصين ، دائن ومدين ، بمقتضاها يلتزم المدين باداء شيء للدائن . ولا يمكن حصر الحقوق الشخصية بذواتها كما حصرنا الحقوق العينية ، وانما تحصر الحقوق الشخصية بمصادرها . ونحن نستعرض مصادر الحقوق الشخصية ، ثم نقول كلمة موجزة في احكامها .

المصادر والأحكام

#### ١٥٢ - مصادر الالتزامات :

الترتيب الحديث<sup>(١)</sup> لمصادر الالتزامات يقضي بجمعها خمسة مصادر وهي :

( ١ ) الارادة المنفردة ( Volonte unilatérale ) ، وهي ارادة تصدر من المدين وحده تجعله يلتزم قبل الدائن . مثل ذلك شخص يمرض جائزة لمن يعثر على شيء مفتود .

الأرادة المنفردة

( ١ ) وهناك ترتيب قديم ، اصبح الآن مهجوراً ، يقضي بجمع مصادر الحقوق الشخصية هي العقد وشبه العقد والجريمة وشبه الجريمة والقانون .

العقد :  
التكوين  
البطلان  
الأثر  
المقود المهيئة

(ثانياً) العقد ( Contrat ) وهو توافق ارادتين على انشاء التزام او أكثر والعقد قد يكون ملزماً للجانبين (Synallagmatique) فينشئ التزامات في جانب كل من المتعاقدين كالبيع ، وقد يكون ملزماً لجانب واحد (Unilateral) ، فينشئ التزامات في جانب احد المتعاقدين دون الآخر كالوديعة .

ويتكون العقد من اقراران القبول بالايجاب ، وبشروط لصحته ان تكون ارادة كل من المتعاقدين صادرة من ذي اهلية كاملة ، وان تكون غير معيبة . وعيوب الرضا (Vices du consentement) هي الغلط (erreur) والتدليس (dol) والا كراه (Violence) . ولا بد لتكوين العقد ، الى جانب الرضا ، من محل (Objet) وسبب (Cause) . فالمحل هو الشيء الذي يلتزم به المدين ، ويشترط فيه ان يكون موجوداً ممكناً معيناً او قابلاً للتعين وغير مخالف للقانون او الآداب او النظام العام . والسبب هو الغرض الذي توخى المدين الوصول اليه من وراء التزامه ، ويشترط فيه ان يكون موجوداً ومشروعاً .

والعقد يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً (Nullite absolue) اذا انعدم الرضا او المحل او السبب او نقص ذلك شرط من الشروط . ويكون باطلاً بطلاناً نسبياً (Nullite relative) اذا كانت

الاهلية ناقصة او شاب الرضاء عيب من العيوب المتقدم ذكرها.  
والفرق بين البطلان المطلق والبطلان النسبي ان الاول يمنع العقد  
من توليد اي اثر ولا ترد عليه الاجازة ولا نزول بالتقادم، بخلاف  
البطلان النسبي فانه لا يمنع العقد من توليد اثره حتى يطلب  
بطلانه ، وترد عليه الاجازة ونزول بالتقادم .

والعقد يقتصر اثره على المتعاقدين والخالف العام ( اي الورثة  
والدائنين ) . ويجوز مع ذلك ان يمتد اثره الى الغير كما في الاشتراط  
لمصاحبة الغير ( Stipulation pour autrui ) .

وهناك عقود معينة يختصها القانون عادة بالذكر ، فيقرر  
احكامها تفصيلا . وبعض هذه العقود يقع على ملكية الشيء  
معاوضة او تبرعا ، كالمبيع والمقايضة والهبة والقرض ، وبعضها يقع  
على المنفعة معاوضة او تبرعا كذلك ، كأيجار الاشياء وعارية  
الاستعمال . وبعضها يقع على الخدمة والعمل ، كعقد الاستخدام  
وعقد العمل وعقد النقل وعقد الوديعة وعقد الوكالة . وبعضها  
عقود مضارية ، كالشركة والرهان والتأمين والايراد المرتب  
والكفالة والصالح .

العمل غير المشروع : ( ثالثا ) العمل غير المشروع ( Acte illicite ) او المسؤولية

التقصيرية . وتقوم هذه المسؤولية على اركان ثلاثة : ( ١ ) تقصير

التقصير ثابت  
التقصير مفروض  
تحمل التبعة

(Faute) ، ( ٢ ) وضرر ( وقد يصيب النفس او المال او الشرف ،  
فيكون مادياً او ادبياً ) ، ( ٣ ) وعلاقة سببية ما بين التقصير  
والضرر . فكل شخص اصاب بتقصيره الغير بالضرر ياتزم  
بتعويض هذا الضرر .

وقد يكون التقصير مفروضاً كما في مسئولية الاب عن ابنه ،  
والسيد عن خادمه ، وصاحب الحيوان او البناء او الشيء بوجه عام  
عما في حراسته من هذه الاشياء .

وقد تكون المسئولية مبنية على فكرة تحمل التبعة ( اي الغرم  
بالغم ) ، ويكفي لتحقيق هذه المسئولية ركنان : الضرر وعلاقة  
السببية ، ولا يشترط التقصير ولو مفروضاً ، وذلك كمسئولية  
صاحب العمل عما يصيب العمال من حوادث اثناء عملهم .

الاثراء على حساب الغير  
عمل الفضيولي  
دفع مالا يجب  
الاثراء دون سبب

( رابعاً ) الاثراء على حساب الغير . ولهذا المصدر صور ثلاث :  
( ١ ) عمل الفضيولي ( gestion a'affaire ) ومثله ان يقيم جار  
جداراً لجاره يكاد ان ينقض ، فيرجع على الجار بما انفق . ( ٢ ) دفع  
مالا يجب ( Paiement de l'indu ) ومثله ان يدفع شخص ديناً  
لشخص آخر ، ثم يتضح بعد ذلك انه لم يكن مدينًا ، فيسترد ما  
دفع . ( ٣ ) الاثراء على حساب الغير بوجه عام  
Enrichissement  
sans cause ومثله ان يقيم شخص بناء في ارض غيره ، فيرجع على صاحب

الارض بقیة البناء قائماً او مهدوماً على حسب الاحوال .  
 (خامساً) القانون . ومثل الالتزامات التي يرتبها القانون  
 الالتزام بالصفة ، و التزامات الجوار .

القانون

## ١٥٣ - اعطى الالتزامات

الآن وقد عرفنا مصادر الالتزام ، بقى ان نعرف احكامه ،  
 فنستعرض بايجاز تام أثر الالتزام ، واوصافه ، ونقله ، وانقضاءه ،  
 وطرق اثباته .

اثر التزام

أما أثر الالتزام فهو اجبار المدين على القيام به عينا ان امكن ،  
 والا فتمويضا . والتعويض اما ان يقدره القاضي ، واما أن يتفق  
 عليه المتعاقدان . وهذا هو الشرط الجزائي <sup>clause</sup> <sub>penale</sub> واما ان يقدره  
 القانون اذا كانت الالتزام مبلغاً من النقود وهذه هي الفوائد  
 القانونية .

اوصاف الالتزام

الشرط

الاجل

التضامن

والالتزام قد يكون بسيطاً او موصوفاً . واهم الاوصاف التي  
 تلحق الالتزام الشرط والاجل والتضامن . اما الشرط <sup>conditon</sup>  
 فهو أمر مستقبل غير محقق الحصول ، يتوقف على حصوله نفاذ  
 الالتزام (وهو الشرط الموقوف <sup>condition</sup> <sub>suspensive</sub>) أو زواله (وهذا هو  
 الشرط الفاسخ <sup>condition</sup> <sub>resolutoire</sub>) مثل ذلك ان يهب الرجل لولده دارا  
 بشرط ان يتزوج ، فيكون هذا شرطاً موقفاً . او يوصي رجل



لزوجته بدار بشرط الا تزوج ، فتفسخ الوصية اذا تزوجت  
ويكون هذا شرطاً فاسخاً . والاجل *terme* : امر مستقبل  
يحقق الحصول ، يتوقف على حصوله حلول التزام ( وهذا هو  
الاجل الموقوف *terme suspensif* ) او زواله ( وهذا هو الاجل  
الفاسخ *terme extinctif* ) مثل الاجل الموقوف ان يقرض شخص  
آخر مبلغاً من النقود ويلتزم المقرض بردها بعد سنة . ومثل  
الاجل الفاسخ ان يؤجر شخص لآخر داراً فيلتزم المؤجر  
بالإيجار لمدة سنة بعدها ينقضي التزامه بقي التضامن *solidapite*  
وهو اما ان يوجد بين الدائنين او بين المدينين . مثل التضامن  
بين الدائنين ان يصبح شخص مديناً للدائنين بمبلغ مائة دينار  
مثلاً ، فيستطيع ان يوفي اياً منها كل المبلغ ، ويستطيع كل من  
الدائنين ان يطالب المدين بكل المبلغ . واذا استوفى احد الدائنين  
كل المبلغ رجع عليه الدائن الاخر بقدر نصيبه . ومثل التضامن  
بين المدينين ان يصبح شخصان مدينين لدائن بمبلغ مائة دينار ،  
فيستطيع الدائن ان يرجع على اي من المدينين بكل المبلغ ،  
وبستطيع كل مدين ان يدفع كل المبلغ للدائن ، واذا استقل احد  
المدينين بدفع كل المبلغ للدائن رجع على المدين الاخر بقدر نصيبه ،  
وافلاس احد المدينين المتضامنين يتحمله بقية المدينين .

اما نقل الالتزام فهو اما ان يكون حوالة حق *cessoin de créance* او

نحوالة دين *cessoin de dette* فنحوالة الحق هي ان يثقل الدين من دائن الى آخر مع بقاء الدين على حاله . ونحوالة الدين هي ان ينتقل الدين من مدين الى آخر مع بقاء الدين على حاله كذلك .

نقل الالتزام :  
نحوالة الحق  
نحوالة الدين

وينقضي الالتزام بالوفاء *Palement* ، وبالتجديد *Novation* ويكون بحلول دين جديد محل الدين القديم ، وبالمقاصة *compe-nsation* وتكون بتقابل دينين من نوع واحد فيتقاصان ، وباتحاد الزمة *confusion* ويكون بأن يرث المدين الدين عن الدائن او العكس . وبالابراء *pemise* ويكون يتنازل الدائن عن حقه ، وباستحالة الوفاء *impossibilite d'exécution* ويكون بضرورة تنفيذ الالتزام مستحيلاً ، وبالتقادم المسقط *Prescription extinctive* ويكون بمرور مدة معينة (خمس عشرة

انقضاء الالتزام :  
الافاء  
التجديد  
المقاصة  
اتحاد الزمة  
الأبراء  
الاستحالة  
التعادم

عاماً في العادة ) دون ان يطالب الدائن بحقه فيسقط الالتزام . ويثبت الالتزام بالكتابة وبالبينة والقرائن وبالبين وبالأقرار . الا انه اذا كان مصدر الالتزام عقداً ، وكانت قيمة الالتزام تزيد على مبلغ معين هو عشرة دنانير فان الاثبات لا يكون الا بالكتابة او بالبين او بالأقرار ، ولا تجوز البينة او القرائن .

أثبت الالتزام

### المطلب الثاني

### القانون المدني العراقي

١٥٤ — تأسست اعظام القانون المدني العراقي

تقنين مدني

القانون المدني العراقي تعبير جديد لم يألفه العراقي . واذا كان

تشريعات مدنية

يراد به تقنين مدني للعراق ، يلم شمل ما انتشر من الاحكام المدنية  
فهذا التقنين جنت لم يولد . اما اذا اريد به مجموعة التشريعات  
المدنية في العراق ، فالاسم وحده هو الجديد ، اما الشيء فموجود .  
اذالعراق ، كسائر الدول المتحضرة ، لديه طائفة من التشريعات المدنية  
يطبقها ، وان كانت هذه التشريعات متفرقة مشتتة . ولتنظر  
كيف ترتب هذه التشريعات طبقا للخطبة التي انتهجناها في عرض  
موضوعات القانون المدني . وقد رأينا ان القانون المدني ينقسم  
مبدئيا الى قانون الاحوال الشخصية وقانون المعاملات ، وقانون  
المعاملات ينقسم بدوره الى قانون الحقوق العينية وقانون  
الحقوق الشخصية ( او الالتزامات ) .

#### ١٥٥ - قانون الاحوال الشخصية في العراق

الشريعة الاسلامية

ليس هناك حتى الآن تشريع في دائرة الاحوال الشخصية<sup>(١)</sup>  
فالمحاكم الشرعية تطبق احكام الشريعة الاسلامية ، وهي غير  
مقننة في هذا الباب . والمحاكم الطائفية الاخرى تطبق قانون  
احوالها الشخصية في بعض المسائل . وقد فكرت الحكومة  
العراقية في تقنين احكام الشريعة الاسلامية في الاحوال الشخصية  
ولا يزال هذا المشروع في دور التحضير ، وقد وضعت دائرة

لائحة الاحوال  
الشخصية

(١) الا . موضوعات قليلة اشتملت عليها مجلة الاحكام العدلية كالهبة والحجر .

التدوين مشروعا للأئمة لا يزال تحت البحث .

واذا اعتبرنا الوقف من الاحوال الشخصية ، فأنت احكامه ايضا تستمد مباشرة من الشريعة الاسلامية ، وهي غير مقننة .

#### ١٥٦ — قانون المعاملات في العراق

اما قانون المعاملات فيتوزع بين جهتين رئيسيتين ، مجلة الاحكام العدلية وتشتمل على اكثر احكام الحقوق الشخصية ، وما جرى العرف بتسميته « قانون الاراضي » ويشتمل على اكثر احكام الحقوق العينية . ونستعرض قانون الحقوق العينية ، ثم قانون الحقوق الشخصية .

الوقف

المجلة

نانون الاراضي

#### ١٥٧ قانون الحقوق العينية في العراق

تشتمل مجلة الاحكام العدلية على جزء من هذا القانون ، سواء كان متعلقا بالحقوق العينية الاصلية او الحقوق العينية التبعية . اما اهم موضوعات الحقوق العينية الاصلية التي تشتمل عليها المجلة فهي الشفعة والقسمة والملكية وحقوق الارتفاق ، وفي الحقوق العينية التبعية تناولت المجلة احكام رهن الحيازة .

الملك  
الملكية والقسمة  
الشفعة وحقوق  
الارتفاق والرهن

ولكننا نجد اكثر الاحكام المتعلقة بقانون الحقوق العينية فيما يسمى بقانون الاراضي وله ذيل وملحقات . وقانون الاراضي هذا قانون عماني ، وضع لأئحته الشيخ محمود أسعد أفندي أحد

نانون الاراضي .  
خمس انواع من  
لاراضي  
الرهن الرسمي  
حقوق الامتياز

علماء الاستانة، وكان قد تولى ادارة الدفتر الخاقاني العام، وحاولت  
الوزارات المتتابعة ان تصدره قانوناً فلم تفلح اذ عارضه العلماء،  
حتى اتت وزارة شوكت باشا فاصدرت اللائحة في صورة قوانين  
وقنية . وعمل بهذه القوانين في جميع انحاء الامبراطورية العثمانية  
ومنها العراق . ولما استقل العراق بقي محتفظاً بهذا القانون . وهو  
يقسم الاراضي الى خمسة اقسام : اراض مملوكة وارض موقوفة  
واراض اميرية وارض متروكة وارض موات . ويقرر احكام  
كل قسم من هذه الاقسام الخمسة . ويلحق بقانون الاراضي نظام  
الطابو وقانون التصرف في الاموال غير المنقولة وقانون تقسيم  
الاموال المشتركة غير المنقولة وقانون انتقال الاموال غير  
المنقولة الخ .

أما الرهون ( الحقوق العينية التبعية ) فقد قدمنا ان المجلة  
تناولت منها رهن الحيازة، وتولى قانون وضع الاملاك غير المنقولة  
بصفة تأمينات تقرير احكام الرهن الرسمي، وعرض قانون الاجراء  
ليبان حقوق الامتياز .

١٥٨ — قانون الحقوق الشخصية ( الالتزامات والعقود )

تشتمل مجلة الاحكام العدلية على اكبر احكام هذا  
القانون . والمجلة اذا حذفنا منها احكام قانون المرافعات<sup>(١)</sup>

(١) كالأبواب المتعلقة بالدعوى والبيانات والتحليف والقضاء .



وقد نسخت ، واستثنينا منها الاحكام المتعلقة بالحقوق  
 العينية وهي قليلة ، يصح ان تسمى بقانون الالتزامات والعقود  
 في العراق . على ان النظرية العامة للالتزامات لم تمل حظاً  
 كبيراً من عناية واضعي المجلة ، اذ نجد احكام هذه النظرية منتشرة  
 في ابواب متفرقة متباعدة ، نجد بعضها في باب البيع وفي باب  
 الاجارة ، ثم نجد الباقي في ابواب الحوالة والغصب والاتلاف  
 والاكرام الخ . اما العقود المينة فهي التي نالت الحظ الاوفر  
 من العناية ، اذ تكاد تكون المجلة كلها مخصصة لذلك ، يقرر كل  
 كتاب منها احكام عقد من هذه العقود . فالكتاب الاول في  
 البيوع ، والكتاب الثاني في الاجارة ( ويكمل بنظام ايجار العقار ) ،  
 والكتاب الثالث في الكفالة ، والكتاب الرابع في الحوالة ، والخامس  
 في الرهن ، والسادس في الامانات ، والسابع في الهبة . ثم تأتي  
 الشركات والوكالة والصلح .

المجلة :  
 النظرية العامة  
 العقود المينة

ويتضمن قانون المرافعات المدنية بعض احكام النظرية العامة  
 للالتزامات ، منها بعض احكام المسؤولية التعاقدية ( الاعذار  
 ونظرة الميسرة ) واحكام الشرط الجزائي ، والفوائد ، وقواعد  
 الاثبات المدنية ، ومنها المادة ٦٤ المشهورة التي تقرر مبدأ حرية

قانون المرافعات

التعاقد في حدود النظام العام. ويتبين من كل ذلك كيف تفرقت التقنين المدني العراقي أحكام القانون المدني العراقي على قوانين متباعدة، منها القديم ومنها الحديث، ومنها المأخوذ من الشريعة الإسلامية ومنها المأخوذ من القوانين الغربية، على أنها تشترك جميعاً في عدم التناسق والانسجام، وتكثر فيها العيوب من الناحية الموضوعية ومن ناحية الصياغة التشريعية. «فالتقنين المدني العراقي» اذا تم يكون تقدماً كبيراً، اذ يجمع شتات هذه القوانين، ويرتبها الترتيب المنطقي الذي رأيناه في استعراض موضوعات القانون المدني، ويصلح عيوبها الموضوعية، ويحكم صياغتها التشريعية.

## المبحث الثاني

### القانون التجاري والقانون البحري

١٥٩ — مسائل القانون التجاري والقانون البحري :

القانون التجاري.

قدمنا أن القانون التجاري يتخصص من الحياة المدنية في ناحية التجارة. فيضع القواعد التي تنظم حياة التاجر في نشاطه التجاري، من دفاتر وسجلات وأعمال تجارية، وشركات على مختلف أنواعها، ونقل تجاري، وسمسة وعمولة، وأوراق تجارية ( كبيالات وسندات تحت الاذن وشيكات ) وينتهي القانون التجاري بفصل ينظم الافلاس .

والقانون البحري يتخصص من التجارة في ناحية التجارة البحرية. ويتركز في السفينة ، فينظم الحقوق التي تترتب عليها ، والعقود التي تكون محالها ، : علاقة الربان بصاحب السفينة وبالملاحين ، وعقد الشحن ، وعقد النقل البحري ، والقرض البحري ، والتأمين على السفن والبضائع ، والخسارات البحرية الخ الخ .

١٦٠ - القانون التجاري والقانون البحري في العراق :

القانون التجاري العراقي لا يزال هو القانون العثماني القديم ، الذي اخذه الاتراك عن القانون الفرنسي منذ نحو مائة عام (سنة ١٢٦٦ هجرية ) وطبقوه في انحاء الامبراطورية العثمانية ، بما في ذلك العراق . ولما استقل العراق بقي محتفظاً بهذا القانون حتى الآن ، هو وذيوله المختلفة . وأدخل الانجليز في عهد الاحتلال قانون الشركات الهندي الى جانب القانون التجاري العثماني .

وكذلك بقي العراق محتفظاً بقانون التجارة البحرية العثماني الذي صدر في سنة ١٢٨٠ هجرية .

## المبحث الثالث

قانون المرافعات المدنية والتجارية

١٦١ - مسائل قانون المرافعات :

قدمنا أن قانون المرافعات يضع الاجراءات الواجب اتباعها

في تطبيق احكام القانون المدني والقانون التجاري .

الاستدعاء

وأولى مسائل قانون المرافعات تشكيل المحاكم المدنية والتجارية

وبيان درجاتها واختصاص كل منها . ثم تتبع الدعوى من وقت

رفعها الى تنفيذ الحكم فيها . فهناك اولا الاستدعاء (عريضة

الدعوى ) يوجهه المدعي المدعي عليه . ويحضر الخصمان في اليوم

طرق الاشارة

المحدد لنظر الدعوى . ويطلب المدعي بأثبات دعواه ، وطرق

الاثبات مختلفة ، منها الكتابة والبيئة واليمين والخبرة ومعاينة

محل النزاع . فالاجراءات التي تتبع في تحقيق الكتابة والطعن

بالزور فيها وسماع الشهود وتحليف اليمين وتعيين الخبراء والانتقال

الى محل النزاع ، كل هذا يدخل في دائرة قانون المرافعات . وقد

يدفع المدعي عليه الدعوى ، وقد يغيب ، وقد يمترى الدعوى

عوارض اثناء نظرها ، فكل هذه الاشياء ينظمها قانون

المرافعات . ثم اذا صدر الحكم قد يكون قابلا للطعن فيه ، فطرق

الحكم وطرق الطعن فيه

الطعن في الحكم من معارضة واستئناف وتميز وغير ذلك يدخل

ايضاً في دائرة قانون المرافعات . ويدخل اخيراً في هذه الدائرة

التنفيذ

تنفيذ الحكم عندما يصبح قابلاً للتنفيذ ، سواء كان التنفيذ على

المنقول أو على العقار .

## ١٦٢ - قانون المرافعات في العراق :

قانون المحاكمات الحقوقية

في العراق (أولاً) قانون المحاكمات الحقوقية ، وهو القانون العثماني القديم الذي صدر في سنة ١٢٩٦ هجرية ، وأخذ العثمانيون عن القانون الفرنسي ، وطبقوه في بلادهم ، ودخل العراق تبعاً لذلك في دائرة تطبيقه ، واحتفظ به حتى الآن . وفي قانون المحاكمات الحقوقية بعض نصوص تتعلق بالأحكام المدنية سبقت الإشارة إليها عند الكلام في القانون المدني العراقي - (ثانياً) قانون الاجراء ، أي التنفيذ ، وهو قانون عثماني قديم كذلك ، احتفظ به العراق بعد استقلاله . وينصن هذا القانون بعض أحكام مدنية تتعلق بحقوق الامتياز ، سبقت الإشارة إليها . (ثالثاً) قانون حكم الصلح ، وهو قانون عثماني احتفظ به العراق بعد أن ألقى كثيراً من أحكامه ، وهذا القانون ينشئ محكمة صغيرة لها اختصاص في مسائل محدودة الأهمية ، حتى يقرب القضاء من المتقاضين ويسره عليهم .



# موضوعات الكتاب

صفحة	
	مقدمة
٣	الغرض من دراسة علم اصول القانون
٤	تعريف القانون
٤	خصائص القانون
٧	ضرورة القانون
٨	نطاق القانون
٩	اتصال القانون بالعلوم الاخرى
	الباب الاول : طبيعة القانون
١١	المذاهب المختلفة في طبيعة القانون
	الفصل الاول : المذاهب القانونية
١٢	خاصيتها
	المبحث الاول : مذهب اوستن
١٣	اسس المذهب
١٤	اركان القانون الثلاثة في مذاهب اوستن
١٨	تقويم مذهب اوستن
	المبحث الثاني : مدرسة « الشرح على المتون »
٢١	أصل التسمية ووجه الشبه بمذهب اوستن
٢٢	مميزات مدرسة « الشرح على المتون »

صفحة	
٢٥	فقهاء مدرسة « الشرح على المتون »
٢٦	تقدير مدرسة « الشرح على المتون »
	الفصل الثاني : المذاهب الاجتماعية
٢٧	خاصيتها
	المبحث الأول : مذهب القانون الطبيعي
٢٨	فكرة القانون الطبيعي
٢٩	مذهب القانون الطبيعي عند اليونان
٣٠	مذهب القانون الطبيعي عند الرومان
٣٢	مذهب القانون الطبيعي في العصور الوسطى في أوربا
٣٢	مذهب القانون الطبيعي عند المعتزلة من المسلمين
٣٤	مذهب القانون الطبيعي في العصور الحديثة
٣٩	مذهب القانون الطبيعي في عهد الثورة الفرنسية
	وقانون نابليون
	المبحث الثاني : مذهب التطور التاريخي
٤٠	كيف ظهر مذهب التطور التاريخي
٤٢	المبادئ التي قام عليها مذهب التطور التاريخي
٤٣	مهاجمة مبادئ مذهب التطور التاريخي
	المبحث الثالث : مذهب القانون الطبيعي ذي الحدود المتغيرة
٤٤	للقانون عنصر ثابت وآخر متغير
٤٦	تطبيقات القانون الطبيعي ذي الحدود المتغيرة

صفحة	
٤٧	تقدير مذهب القانون الطبيعي بنوعيه
	المبحث الرابع : مذهب الغاية الاجتماعية
٤٨	الغاية والكفاح في القانون
٤٩	قانون السبب وقانون لغاية
٤٩	القانون وسيلة لغاية
٥١	مزية مذهب الغاية
	المبحث الخامس : مذهب التضامن الاجتماعي
٥٢	الاسس التي يقوم عليها المذهب
٥٣	الحقائق الواقعة في مذهب التضامن الاجتماعي
٥٤	النتائج المستخلصة من هذه الحقائق
٥٨	تقدم مذهب التضامن الاجتماعي
	المبحث السادس : مذهب العلم والصياغة
٦٠	العلم والصياغة في القانون
	١ — العلم
٦١	العوامل الاربعة التي يتضمنها العلم
٦١	عامل الحقائق الواقعية
٦٢	عامل الحقائق التاريخية
٦٢	عامل الحقائق العقلية
٦٣	عامل الحقائق المثالية

## ٢ — الصياغة

نوعان في الصياغة

٦٥

طرق الصياغة المادية

٦٥

طرق الصياغة المعنوية

٦٨

## الباب الثاني

تعريف مصدر القانون

٧١

المصدر الرسمي والمصدر التفسيري

٧١

## الفصل الاول : العادة والعرف

كيف تنشأ العادة — عناصرها المادي والنفسي

٧٢

متى تصبح العادة قانوناً

٧٣

مصير العادة بعد تقدم المدنية

٧٥

التطبيق على الشرائع القديمة

٧٧

## الفصل الثاني : الدين

ما هو الدين

٧٩

متى يكون الدين مصدراً رسمياً للقانون

٨٠

أثر الدين في القوانين الغربية

٨١

أثر الدين في القوانين الشرقية

٨٣

مستقبل الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون

٨٤

## الفصل الثالث : قواعد العدالة والقانون الطبيعي

ظهور فكرة القانون الطبيعي في الازمان المتعاقبة

٨٥

صفحة	
٨٦	أثر القانون الطبيعي وقواعد العدالة في القوانين القديمة
٨٧	أثر القانون الطبيعي وقواعد العدالة في القوانين الحديثة
٨٧	تطبيقات مختلفة على القانون الطبيعي وقواعد العدالة
	الفصل الرابع : التشريع
٩١	أهمية التشريع في العصر الحاضر
٩٣	مقارنة التشريع بالمصادر الأخرى
	المبحث الأول : سن التشريع
٩٤	ما هو سن التشريع
	١ - المبادئ العامة في سن التشريع
٩٥	الهيئة التشريعية
٩٥	تدرج التشريع
٩٦	رقابة القضاء على التشريع
٩٧	كيفية تحضير التشريع وسنه
	سن التشريع في العراق
٩٩	الهيئة التشريعية في العراق
٩٩	كيفية تحضير التشريع وسنه في العراق
	المبحث الثاني : جميع القوانين (التقنين)
١٠١	ما هو التقنين : مزاياه وعيوبه



صفحة	
١٠٢	تقنين الشرائع القديمة
١٠٣	حركة التقنين الحديثة
١٠٤	أصول التقنين الحكيم
	المبحث الثالث تطبيق التشريع
١٠٦	التطبيق في المكان وفي الزمان
	١ - تطبيق التشريع من حيث المكان
١٠٧	وحدة القانون ووحدة المحاكم
١١٠	الحلة في مصر وفي العراق ( الجنسية والدين )
	٢ - تطبيق التشريع من حيث الزمان (عدم سريان القانون على الماضي)
١١١	ليس للتشريع أثر رجعي
١١٣	التمييز بين الحق المكتسب ومجرد الأمل
١١٥	استثناءات من قاعدة عدم سريان القانون على الماضي
	المبحث الرابع تفسير التشريع
١١٨	مسألة التفسير لا تقوم إلا في التشريع دون غيره من المصادر
١١٩	حالة وضوح النص
١٢٠	حالة عدم وضوح النص - العيوب التي تؤدي الى ذلك
١٢٢	طرق التفسير عند عدم وضوح النص - طرق داخلية وأخرى خارجية
١٢٣	طرق التفسير الداخلية

صفحة	
١٢٦	طرق التفسير الخارجية
	المبحث الخامس إلغاء التشريع
١٣٠	السلطة التي تملك الإلغاء
١٣٢	كيف يكون الإلغاء
	الفصل الخامس : الفقه والقضاء
١٣٣	أهمية الفقه والقضاء في رقي القانون
١٣٤	مزايا الفقه والقضاء وعيوبها
١٣٥	وجوب التعاون بين الفقه والقضاء
	المبحث الأول : الفقه والقضاء في القوانين القديمة
١٣٦	القانون الروماني :
١٣٧	القضاء والمنشور المستمر
١٣٩	الفقه ( الكهنة والطرق العملية والطرق العلمية )
١٤٠	المدرستان البروكليزية والنابانية
١٤٠	فقهاء الرومان الخمسة
١٤٢	الشريعة الإسلامية :
١٤٢	العهد الأول : الكتاب السنة
١٤٤	العهد الثاني : امتزاج القضاء بالفقه
١٤٧	أهل الحديث وأهل الرأي
١٥٠	العهد الثالث : تغلب الفقه على القضاء
١٥٣	سبب ارتفاع شأن الفقيه

مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني :	١٥٦
القانون الانجليزي :	١٥٨
أسباب تأثير القضاء	١٥٨
العهد الأول : توحيد العادات وتكوين القانون العام	١٥٩
العهد الثاني : قانون العدالة	١٦١
العهد الثالث : توحيد قانون العدالة والقانون العام	١٦٢
المبحث الثاني : الفقه والقضاء في القوانين الحديثة	
نزعان مختلفتان في القوانين الحديثة : النزعة السكسونية والنزعة الرومانية	١٦٣
الفقه والقضاء في القانون الانجليزي الحديث	١٦٤
الفقه والقضاء في القانون الفرنسي الحديث	١٦٦
نصيب الفقه والقضاء في تكوين القانون المصري	١٧١
القضاء والفقه في العراق	١٧٩

## الباب الثالث

### فروع القانون

تقسيم القانون الى قانون دولي وقانون داخلي	١٨١
الفصل الاول : القانون الدولي	
تقسيم القانون الدولي الى عام وخاص	١٨١
الفرع الاول : القانون الدولي العام	
مسائل القانون الدولي العام	١٨٢

صفحة	
١٨٣	مصادر القانون الدولي العام
	الفرع الثاني : القانون الدولي الخاص
١٨٦	مسائل القانون الدولي الخاص
١٨٩	طبيعة قواعد القانون الدولي الخاص والفرق بينها وبين القانون الدولي العام
	الفصل الثاني : القانون الداخلي
١٩٠	تقسيم القانون الداخلي الى عام وخاص
	الفرع الاول : القانون العام
١٩١	أقسام القانون العام
	المبحث الاول : القانون الدستوري
١٩٢	مسائل القانون الدستوري
١٩٤	القانون الدستوري العراقي
	المبحث الثاني : القانون الاداري والقانون المالي
١٩٦	مسائل القانون الاداري والمالي
١٩٨	القانون الاداري والقانون المالي في العراق
	المبحث الثالث : قانون العقوبات وقانون المرافعات الجزائية
١٩٩	مسائل قانون العقوبات وقانون المرافعات الجزائية
٢٠٤	قانون العقوبات البغدادي وقانون أصول المحاكمات الجزائية البغدادي

الفرع الثاني : القانون الخاص	
أقسام القانون الخاص	٢٠٣
المبحث الاول : القانون المدني	
تقسيم القانون المدني الى قانون الأحوال الشخصية وقانون المعاملات	٢٠٤
تحديد دائرة الأحوال الشخصية	٢٠٥
الشخصية	٢٠٥
روابط الفرد بالأسرة	٢٠٦
قانون المعاملات	٢٠٧
الحقوق العينية	٢٠٨
الحقوق العينية الأصلية	٢٠٨
الحقوق العينية التبعية	٢١٠
الحقوق الشخصية او الالتزامات	٢١٢
مصادر الالتزامات	٢١٢
الأرادة المنفردة	٢١٢
العقد	٢١٣
العمل غير المشروع	٢١٤
الأثرأء على حساب الغير	٢١٥
القانون	٢١٦
احكام الالتزامات	٢١٦
أثر الالتزام	٢١٦



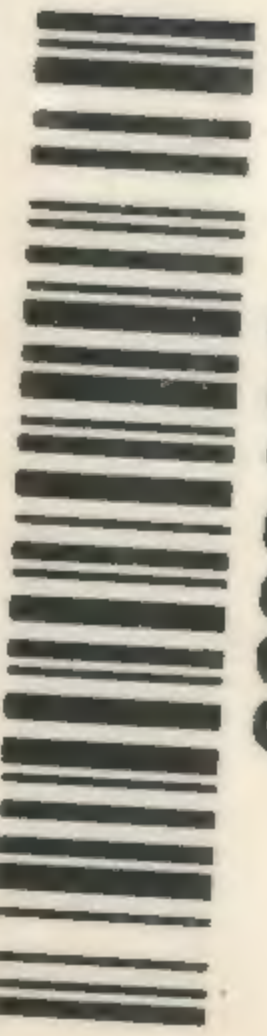
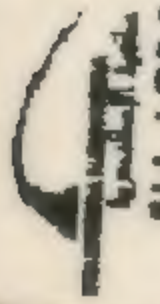
صفحة	
٢١٦	اوصاف الالتزام ( الشرط والأجل والتضامن )
٢١٨	نقل الالتزام ( حوالة الحق وحوالة الدين )
٢١٨	انقضاء الالتزام
٢١٨	اثبات الالتزام
٢١٨	القانون المدني العراقي وتشتت أحكامه
٢١٩	قانون الأحوال الشخصية في العراق
٢٢٠	قانون الحقوق العينية في العراق
٢٢١	قانون الحقوق الشخصية في العراق
	<b>المبحث الثاني : القانون التجاري وقانونه البحري</b>
٢٢٣	مسائل القانون التجاري والقانون البحري .
٢٢٤	القانون التجاري والقانون البحري في العراق
	<b>المبحث الثالث : قانون المرافعات المدنية والتجارية</b>
٢٢٤	مسائل قانون المرافعات
٢٢٦	قانون المرافعات في العراق







Bibliotheca Alexandrina



0399108